

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Penal**



**TESIS DOCTORAL**

**El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del  
Código Penal**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Miguel Ángel Encinar del Pozo**

Director

**Jacobo López Barja de Quiroga**

**Madrid, 2017**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Penal**



**El delito de corrupción entre particulares  
del artículo 286 bis del Código Penal**

**TESIS DOCTORAL**

**Miguel Ángel Encinar del Pozo**

**Bajo la dirección de**

**Dr. D. Jacobo López Barja de Quiroga**

**Madrid 2015**



## Índice

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>19</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>21</b>
<b>PARTE I. CUESTIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO. EL DERECHO PENAL Y LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA .</b>	<b>27</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	27
II. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ECONÓMICA .....	27
1. CONCEPTO DE REGULACIÓN.....	27
2. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LA REGULACIÓN .....	29
1. La regulación es una actividad pública .....	29
1.1. Europa.....	29
1.2. Estados Unidos.....	30
1.2.1. Evolución del sistema de agencias .....	31
1.2.2. Críticas al sistema de agencias.....	32
1.3. España.....	34
2. La regulación recae sobre una realidad económica.....	35
3. La regulación es una actividad imperativa.....	37
4. La regulación es una actividad que tiene una finalidad .....	40
III. REGULACIÓN Y DERECHO PENAL.....	41
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	41
2. LA TENSIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y DESREGULACIÓN .....	43
1. Descripción del fenómeno .....	43
2. Consecuencias del fenómeno .....	46
IV. APLICACIÓN DE LAS NOTAS DEFINITORIAS DE LA REGULACIÓN AL DERECHO PENAL .	47
1. EL DERECHO PENAL SE EMPLEA CON UNA FINALIDAD.....	48
1. La tutela administrativa de la competencia .....	48
2. La tutela penal de la competencia: el castigo de la corrupción entre particulares .....	51
2.1. En general.....	51
2.2. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: el artículo 286 bis del Código Penal.....	53
2.3. La reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los artículos 286 bis a 286 quáter del Código Penal.....	55
2. EL DERECHO PENAL, EL CARÁCTER IMPERATIVO Y LA AUTORREGULACIÓN .....	60

<b>CAPÍTULO SEGUNDO. LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES: NECESIDAD O EXCESO .....</b>	<b>63</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	63
II. RASGOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES .....	63
1. DEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES .....	63
2. INTERESES IMPLICADOS EN LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES .....	68
III. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA PERSECUCIÓN PENAL .....	72
1. INTRODUCCIÓN .....	72
2. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LOS NEGOCIOS .....	72
3. LA AUTOPROTECCIÓN DEL SECTOR PRIVADO .....	73
4. NO CABE EQUIPARAR CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA .....	74
5. LA ESCASA RELEVANCIA DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA .....	76
IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PERSECUCIÓN PENAL .....	76
1. INTRODUCCIÓN .....	76
2. LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES .....	77
1. Los efectos en relación con las empresas .....	77
2. Los efectos en relación con el mercado y los consumidores .....	79
2.1. En relación con los competidores .....	79
2.2. En relación con los consumidores .....	80
2.3. En relación con la confianza en el sistema económico .....	80
3. Los efectos en relación con la causa pública .....	81
3. LA CONFUSA DISTINCIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO .....	82
4. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES COMO REALIDAD .....	84
1. Introducción .....	84
2. Medición de la corrupción entre particulares .....	85
3. Estudios sobre corrupción .....	90
3.1. Estudios sobre corrupción en general .....	90
3.2. Estudios sobre corrupción entre particulares .....	92
IV. LA DOCTRINA ESPAÑOLA .....	95
1. LA DOCTRINA MAYORITARIA .....	95
1. Inexistencia de un previo debate sobre la necesidad del castigo .....	96
2. Normativa suficiente para luchar contra la corrupción privada .....	97
2.1. La normativa administrativa sobre protección de la competencia .....	98
2.2. El despido disciplinario en el ámbito laboral .....	100
2.3. Delitos recogidos en el Código Penal .....	101
2.3.1. Apropiación indebida/administración desleal .....	102

2.3.2. Otros delitos económicos .....	104
2.3.3. Cohecho de funcionarios públicos.....	104
3. Amplitud de la conducta típica.....	105
3.1. En relación con los principios del Derecho Penal .....	105
3.2. En relación con la competencia .....	106
3.3. No se somete a condición objetiva de punibilidad .....	107
4. Tendencia hacia la expansión del Derecho Penal .....	108
2. LAS POSICIONES MINORITARIAS.....	109
V. TOMA DE POSTURA.....	111
<b>PARTE II. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>117</b>
<b>CAPÍTULO TERCERO. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>119</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	119
II. EL CONVENIO DE LA OCDE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS.....	122
III. EL CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA .....	125
1. CONTENIDO DEL CONVENIO.....	125
1. Corrupción activa en el sector privado .....	126
2. Corrupción pasiva en el sector privado .....	128
3. Otras normas.....	129
2. APLICACIÓN DEL CONVENIO .....	132
1. El <i>Groupe d'Etats Contre le Corruption (GRECO)</i> .....	132
2. Los informes del <i>GRECO</i> relativos a España.....	133
2.1. En general.....	133
2.2. Los informes referidos a la corrupción entre particulares .....	134
2.2.1. Informe del <i>GRECO</i> -42ª Reunión Plenaria-.....	134
2.2.2. Informe del <i>GRECO</i> -50ª Reunión Plenaria-.....	138
2.2.3. Informe del <i>GRECO</i> -60ª Reunión Plenaria-.....	139
2.2.4. Informe del <i>GRECO</i> -65ª Reunión Plenaria-.....	140
IV. LA DECISIÓN MARCO 2003/568/JAI DEL CONSEJO, DE 22 DE JULIO DE 2003 .....	141
1. CONTENIDO DE LA DECISIÓN.....	141
1. Corrupción activa en el sector privado .....	142
2. Corrupción pasiva en el sector privado .....	142
3. Otras normas de la Decisión Marco .....	143
4. La aplicación extraterritorial .....	146
2. APLICACIÓN DE LA DECISIÓN .....	149

1. En general.....	149
2. Cuestiones problemáticas relacionadas con la Decisión Marco .....	150
2.1. La Decisión Marco .....	150
2.2. El efecto de las Decisiones Marco no incorporadas .....	152
2.3. Obligatoriedad de la Decisión marco 2003/568/JAI.....	156
2.3.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005.....	156
2.3.2. Efectos sobre la Decisión Marco 2003/568/JAI .....	157
2.3.3. Efectos en relación con España.....	159
<b>CAPÍTULO CUARTO. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN ALGUNOS PAISES DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>163</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	163
II. MODELOS BÁSICOS DE INCRIMINACIÓN .....	164
1. LA INCRIMINACIÓN BASADA EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS EMPRESAS.....	165
2. LA INCRIMINACIÓN BASADA EN LA PROTECCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD EN LAS RELACIONES LABORALES .....	166
3. LA INCRIMINACIÓN BASADA EN LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	167
III. ALEMANIA.....	170
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	170
2. REGULACIÓN ACTUAL .....	172
1. Corrupción pasiva y activa .....	172
2. Modalidades agravadas .....	173
3. Otras normas aplicables.....	173
3.1. Perseguibilidad.....	173
3.2. Decomiso.....	174
3. ELEMENTOS DEL DELITO .....	174
1. Bien jurídico .....	174
2. Sujetos activos .....	175
2.1. Dependiente o encargado de una empresa comercial .....	175
2.2. Supuestos discutidos .....	176
2.2.1. El empresario .....	176
2.2.2. Los médicos (el «caso Ratiopharm») .....	176
2.3. En el tráfico comercial.....	179
3. Conducta típica.....	181
4. LA CLÁUSULA DE EXTRATERRITORIALIDAD (§ 299 (3) <i>StGB</i> ).....	182

5. APLICACIÓN DEL DELITO EN ALEMANIA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO .....	183
1. Las conductas de «alimentación» .....	183
2. Los <i>kickbacks</i> .....	185
2.1. La venta de tanques a Arabia Saudí .....	185
2.2. El <i>Kölner Müllskandal</i> .....	186
2.3. El caso del <i>Allianz-Arena</i> .....	187
2.4. El escándalo <i>Media-Markt</i> .....	187
3. Las «cajas negras» .....	188
4. Las reformas proyectadas .....	188
IV. FRANCIA .....	189
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA .....	189
1. La regulación inicial .....	189
2. El <i>Code du Travail</i> .....	191
3. La reforma de 2005 y posteriores .....	192
2. REGULACIÓN ACTUAL .....	193
1. Modalidades del delito .....	193
1.1. Corrupción privada activa .....	194
1.2. Corrupción privada pasiva .....	195
2. Diferencias con la regulación anterior .....	196
2.1. No exigencia de una relación de subordinación .....	196
2.2. No exigencia de clandestinidad .....	197
2.3. El soborno se puede cometer «en cualquier momento» .....	198
3. Otras normas aplicables .....	198
V. ITALIA .....	199
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA .....	199
1. En general .....	199
2. La regulación anterior a la reforma de 2012 .....	200
2.1. Sujetos del delito .....	201
2.2. Conducta típica .....	202
2.2.1. En general .....	202
2.2.2. Beneficio o utilidad .....	202
2.2.3. Vulneración de obligaciones .....	202
2.2.4. Daño a la sociedad .....	203
2.3. Valoración por el <i>GRECO</i> .....	204
2. REGULACIÓN ACTUAL .....	205



1. Necesidad de la reforma.....	205
2. Contenido de la reforma.....	207
3. Valoración del <i>GRECO</i> .....	209
VI. REINO UNIDO.....	210
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	210
2. REGULACIÓN ACTUAL: <i>BRIBERY ACT 2010</i> .....	212
1. Delitos en general.....	212
2. Corrupción privada activa.....	214
3. Corrupción privada pasiva.....	215
4. Elementos comunes.....	218
4.1. Beneficio económico o de otro tipo.....	218
4.2. Cumplimiento inadecuado de una función o actividad relevante.....	220
4.2.1. Función o actividad relevante.....	220
4.2.2. Cumplimiento inadecuado.....	222
4.3 Penalidad.....	223
<b>CAPÍTULO QUINTO. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....</b>	<b>225</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	225
II. LA PERSECUCIÓN DEL SOBORNO COMERCIAL A NIVEL FEDERAL.....	227
1. INTRODUCCIÓN.....	227
2. LA <i>TRAVEL ACT</i> .....	228
1. La normativa aplicable.....	228
2. La aplicación por los tribunales.....	230
2.1. <i>United States v. Pomponio</i> .....	230
2.2. <i>United States v. Brecht</i> .....	230
2.3. <i>Perrin v. United States</i> .....	231
2.4. <i>United States v. Welch</i> .....	233
3. Presupuestos de aplicación de la <i>Travel Act</i> .....	234
3.1. Actividad a la que se aplica la <i>Travel Act</i> .....	235
3.2. Vulneración de una norma estatal contra el soborno.....	235
4. La aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense: el tándem <i>Travel Act-FCPA</i> .....	236
3. OTRAS NORMAS FEDERALES.....	240
1. Normas sobre el fraude postal y de telecomunicaciones.....	240
1.1. En general.....	240

1.2. El «escándalo de la <i>FIFA</i> » .....	241
2. Normas contables de la <i>FCPA</i> .....	244
3. La <i>RICO Act</i> .....	246
4. Normas sectoriales .....	246
4. EL <i>MODEL PENAL CODE</i> .....	247
III. LA PERSECUCIÓN DEL SOBORNO COMERCIAL A NIVEL ESTATAL .....	247
1. INTRODUCCIÓN .....	247
2. DEFINICIÓN DE LA INFRACCIÓN .....	248
3. GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN .....	249
4. ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN .....	250
5. ESTADOS CON LEYES SOBRE EL SOBORNO COMERCIAL .....	250
IV. VALORACIÓN DEL <i>GRECO</i> .....	252
1. INFORME DEL <i>GRECO</i> -53ª REUNIÓN PLENARIA- .....	252
2. INFORME DEL <i>GRECO</i> -63ª REUNIÓN PLENARIA- .....	253
<b>PARTE III. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES</b>	
<b>EN ESPAÑA .....</b>	<b>255</b>
<b>CAPÍTULO SEXTO. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....</b>	<b>257</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	257
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	259
1. INTRODUCCIÓN .....	259
2. EL PREÁMBULO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO .....	260
3. LA REDACCIÓN DEL ART. 286 BIS CP POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO .....	262
4. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE EL BIEN JURÍDICO .....	263
1. Protección de la competencia leal .....	264
1.1. Líneas generales .....	264
1.2. Matizaciones sobre el bien jurídico .....	268
1.2.1. Restricción del alcance del tipo .....	268
1.2.2. Ámbito de tutela del mercado .....	269
1.2.2.1. En general .....	269
1.2.2.2. En un sentido restrictivo .....	270
1.3. Dificultades para considerar que la competencia leal es el bien jurídico protegido .....	271
1.3.1. La exclusión del empresario .....	271
1.3.2. El elemento típico «incumplimiento de obligaciones» .....	272
1.3.3. La redacción del tipo privilegiado .....	272

2. Protección de un patrimonio.....	272
2.1. El delito protege el patrimonio de las empresas competidoras .....	273
2.1.1. Líneas generales.....	273
2.1.2. Dificultades para considerar que el patrimonio de las empresas competidoras es el bien jurídico protegido .....	273
2.2. El delito protege el patrimonio de la empresa en la que se encuadra el destinatario del soborno.....	273
2.2.1. Líneas generales.....	273
2.2.2. Dificultades para considerar que el patrimonio del empresario es el bien jurídico protegido.....	276
3. Protección del deber de fidelidad hacia el empresario o empleador .....	277
4. Delito pluriofensivo.....	278
4.1. Líneas generales .....	278
4.2. Dificultades para considerar el delito como pluriofensivo.....	280
5. LA REFORMA POR LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO .....	281
6. TOMA DE POSTURA .....	283
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO. LOS SUJETOS DEL DELITO .....</b>	<b>289</b>
I. LA CORRUPCIÓN ACTIVA Y LA CORRUPCIÓN PASIVA.....	289
1. DISTINCIÓN ENTRE AMBAS MODALIDADES.....	289
2. UBICACIÓN EN EL ARTÍCULO 286 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	290
II. LOS SUJETOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA .....	292
1. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA.....	292
1. En general.....	292
2. Posibilidad de restringir el ámbito del sujeto activo.....	293
2.1. Posiciones doctrinales a favor de la restricción .....	293
2.2. Posiciones doctrinales en contra de la restricción .....	295
2.3. Toma de postura.....	296
2. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA .....	296
III. LOS SUJETOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA .....	297
1. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA .....	297
1. En general.....	297
2. Directivo.....	301
3. Administrador .....	302
3.1. En general.....	303
3.2. La discusión doctrinal sobre el administrador de hecho.....	303

3.3. Toma de postura.....	306
3.3.1. Administrador de Derecho .....	306
3.3.2. Administrador de hecho .....	307
4. Empleado.....	308
5. Colaborador.....	308
6. Exclusión de determinados sujetos .....	310
6.1. Exclusión del socio.....	311
6.2. Exclusión del empresario.....	311
6.2.1. En general.....	311
6.2.2. La discusión doctrinal.....	313
6.2.2.1. La impunidad de la conducta del empresario.....	313
6.2.2.2. La inclusión del empresario en las categorías típicas .....	314
6.2.2.3. Las formas de participación en el delito .....	315
6.2.2.4. El empresario persona jurídica .....	315
6.2.3. Toma de postura.....	316
7. Entidades con las que el sujeto activo debe guardar relación.....	317
7.1. Antes de la reforma de 2015.....	317
7.2. Después de la reforma de 2015 .....	318
7.2.1. Entidades incluidas.....	318
7.2.2. Entidades de análoga naturaleza .....	319
7.3. Supuestos discutidos .....	320
7.3.1. Las comunidades de propietarios.....	320
7.3.2. Entidades sin ánimo de lucro .....	321
7.3.3. Entidades que prestan servicios públicos.....	323
7.3.3.1. En general.....	323
7.3.3.2. Empresas privadas que prestan servicios públicos .....	323
2. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA .....	327
<b>CAPÍTULO OCTAVO. LA CONDUCTA TÍPICA.....</b>	<b>329</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	329
II. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA.....	331
1. INTRODUCCIÓN .....	331
2. RECIBIR, SOLICITAR O ACEPTAR .....	331
3. BENEFICIO O VENTAJA DE CUALQUIER NATURALEZA NO JUSTIFICADOS.....	332
1. Concepto de «beneficio o ventaja».....	332
2. Beneficio o ventaja «de cualquier naturaleza» .....	333

2.1. El beneficio o ventaja debe tener contenido económico.....	333
2.2. El beneficio o ventaja no debe tener contenido económico .....	334
2.3. Toma de postura.....	335
3. Beneficio o ventaja «no justificados» .....	336
3.1. Concepto .....	336
3.2. El sujeto no está facultado para recibir el beneficio o ventaja .....	337
3.3. La adecuación social.....	338
3.3.1. Ámbito de aplicación.....	338
3.3.2. Reglas interpretativas .....	342
4. COMO CONTRAPRESTACIÓN PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE .....	345
1. «Como contraprestación» para favorecer.....	345
2. Favorecimiento frente a otros .....	349
2.1. Interpretación.....	349
2.2. Consecuencias.....	351
3. Favorecer «indebidamente» .....	353
3.1. En relación con el beneficio o ventaja no justificado.....	354
3.2. En relación con el bien jurídico protegido .....	355
3.3. En relación con la actuación del sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva.....	355
3.3.1. Introducción .....	355
3.3.2. El incumplimiento de obligaciones .....	355
3.3.2.1. Introducción .....	355
3.3.2.2. El sujeto que debía incumplir «sus» obligaciones .....	356
3.3.2.3. Incumplimiento de «sus obligaciones».....	357
3.3.2.4. Contenido de las obligaciones .....	360
3.3.2.4.1. Obligaciones derivadas del deber de lealtad hacia la empresa (obligaciones <i>ad intra</i> ).....	360
A) Deber genérico de lealtad hacia la empresa .....	360
B) Deberes específicos derivados del deber genérico de lealtad hacia la empresa.....	361
C) Consecuencias de esta interpretación .....	364
D) Críticas a esta interpretación .....	365
3.3.2.4.2. Obligaciones derivadas del deber de respetar la competencia (obligaciones <i>ad extra</i> ).....	366
A) Deber genérico de lealtad hacia la competencia .....	367

B) Consecuencias de esta interpretación .....	368
C) Críticas a esta interpretación.....	369
3.3.2.4.3. Toma de postura (deberes <i>ad intra/ad extra</i> ) .....	371
3.3.2.4.4. El elemento típico «incumpliendo sus obligaciones» era superfluo .....	373
3.4. Toma de postura.....	374
5. EN LA ADQUISICIÓN O VENTA DE MERCANCÍAS, O EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS O EN LAS RELACIONES COMERCIALES .....	375
1. Introducción.....	375
2. Adquisición o venta de mercancías .....	376
3. Contratación de servicios .....	377
4. Relaciones comerciales.....	378
III. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA.....	378
1. INTRODUCCIÓN .....	378
2. PROMETER, OFRECER O CONCEDER.....	379
3. BENEFICIO O VENTAJA DE CUALQUIER NATURALEZA NO JUSTIFICADOS.....	380
4. COMO CONTRAPRESTACIÓN PARA QUE LE FAVOREZCA INDEBIDAMENTE A ÉL O A UN TERCERO FRENTE A OTROS .....	380
5. EN LA ADQUISICIÓN O VENTA DE MERCANCÍAS, O EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS O EN LAS RELACIONES COMERCIALES .....	381
IV. MODALIDADES DE CONDUCTA TÍPICA .....	381
1. INTRODUCCIÓN .....	381
2. LAS CONDUCTAS DE «ALIMENTAR».....	381
1. Introducción.....	381
2. Un supuesto debatido: las promociones empresariales .....	382
3. LOS <i>KICKBACKS</i> .....	384
4. LAS «CAJAS NEGRAS».....	385
V. CAUSACIÓN DE UN PERJUICIO .....	386
<b>CAPÍTULO NOVENO. EL TIPO SUBJETIVO .....</b>	<b>389</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	389
II. ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL AL DOLO .....	389
III. POSIBILIDAD DE APRECIAR DOLO EVENTUAL .....	390
<b>CAPÍTULO DÉCIMO. ANTIJURIDICIDAD. CULPABILIDAD.....</b>	<b>393</b>
<b>PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD.....</b>	<b>393</b>
I. ANTIJURIDICIDAD .....	393
1. INTRODUCCIÓN.....	393

2. ESTADO DE NECESIDAD .....	394
3. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO .....	396
II. CULPABILIDAD .....	397
1. INTRODUCCIÓN .....	397
2. ERROR DE PROHIBICIÓN .....	397
III. PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD .....	400
1. LAS PENAS APLICABLES.....	400
1. La pena de prisión.....	401
2. La pena de multa .....	403
3. La pena de inhabilitación especial .....	403
4. La publicación de la sentencia .....	403
2. PERSEGUIBILIDAD .....	404
<b>CAPÍTULO DECIMOPRIMERO. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE</b>	
<b>EJECUCIÓN. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN .....</b>	<b>407</b>
I. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN .....	407
1. CONSUMACIÓN .....	407
1. Introducción.....	407
2. Corrupción privada activa .....	407
3. Corrupción privada pasiva .....	408
4. Consecuencias .....	408
2. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN .....	410
II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN .....	412
1. INTRODUCCIÓN .....	412
2. LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO .....	412
3. LA «PERSONA INTERPUESTA» .....	414
4. LOS TERCEROS FAVORECIDOS .....	415
5. LOS RECEPTORES DE LA DÁDIVA O VENTAJA .....	416
<b>CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. TIPO ATENUADO Y TIPOS AGRAVADOS .....</b>	<b>417</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	417
II. TIPO ATENUADO .....	417
1. INTRODUCCIÓN .....	417
2. CRITERIOS DE APLICACIÓN .....	418
1. Cuantía del beneficio o valor de la ventaja .....	419
2. Trascendencia de las funciones del culpable.....	420
3. Interpretación del tipo en términos de protección de la competencia.....	421
III. TIPOS AGRAVADOS .....	422
1. INTRODUCCIÓN .....	422

2. CRITERIOS DE APLICACIÓN .....	423
1. Cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado .....	423
2. Cuando la acción del autor no sea meramente ocasional.....	423
3. Cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.....	423
4. Cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad .....	425
<b>CAPÍTULO DECIMOTERCERO. CONCURSOS.....</b>	<b>427</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	427
II. RELACIÓN CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	427
1. INTRODUCCIÓN .....	427
2. CUANDO EL ADMINISTRADOR ES EL SUJETO SOBORNADO .....	428
3. CUANDO EL ADMINISTRADOR ES EL SUJETO QUE SOBORNA .....	432
1. Pagos en perjuicio de la sociedad administrada .....	432
2. Pagos en beneficio de la sociedad administrada.....	433
2.1. En general.....	433
2.2. El riesgo de sanción para la sociedad .....	434
2.3. Las «cajas negras» .....	435
III. RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTAFA .....	437
IV. RELACIÓN CON EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS.....	444
V. RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA .....	444
1. INTRODUCCIÓN .....	444
2. INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL .....	445
1. Introducción.....	445
2. Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos .....	447
2.1. En general.....	447
2.2. Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos mediante pago de sobornos.....	448
3. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES .....	450
4. CRITERIOS DE SOLUCIÓN .....	454
VI. RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE MEDICAMENTOS.....	456
<b>CAPÍTULO DECIMOCUARTO. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y DETERMINADOS ÁMBITOS DE ACTIVIDAD.....</b>	<b>459</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	459



II. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS.....	459
1. INTRODUCCIÓN .....	459
2. LÓS MÉDICOS COMO SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA.....	463
3. LA PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS Y LA CONDUCTA TÍPICA .....	464
1. Introducción .....	464
2. Argumentos en contra de la subsunción .....	467
3. Argumentos a favor de la subsunción.....	471
4. Toma de postura.....	473
4. EL ERROR DE PROHIBICIÓN .....	475
1. Introducción.....	475
2. Normas de conducta del sector .....	476
2.1. Incentivos, primas u obsequios .....	476
2.2. Eventos relacionados con una compañía farmacéutica.....	477
III. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA ADMINISTRACIÓN DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS .....	479
IV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA ACTIVIDAD NOTARIAL.....	482
V. EL DELITO DE CORRUPCIÓN PASIVA Y LA ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS .....	485
<b>PARTE IV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....</b>	<b>487</b>
<b>CAPÍTULO DECIMOQUINTO. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....</b>	<b>489</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	489
II. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL .....	490
1. INTRODUCCIÓN .....	490
2. EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	493
1. Exclusión del delito de corrupción privada pasiva del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas .....	493
2. Sujetos del delito de corrupción privada pasiva y responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	495
III. REGULACIÓN EN LA <i>BRIBERY ACT 2010</i> .....	496
1. INTRODUCCIÓN .....	497
2. LA RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DE SOBORNO CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL <i>COMMON LAW</i> .....	501

3. LA RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PREVENIR EL SOBORNO .....	503
1. Presupuestos de aplicación.....	503
2. El soborno por «persona asociada».....	504
3. Actuación en beneficio o provecho de la persona jurídica.....	505
4. Ausencia de medidas adecuadas para evitar el soborno .....	505
5. Valoración del sistema.....	506
IV. LOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> Y EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA .....	508
1. INTRODUCCIÓN .....	508
2. LOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> EN EL ARTÍCULO 31 BIS CP .....	508
3. LOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> EN LA <i>BRIBERY ACT 2010</i> .....	510
V. LÍNEAS GENERALES SOBRE EL DISEÑO Y CONTENIDO DE UN PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> REFERIDO AL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA .....	512
1. INTRODUCCIÓN .....	512
2. DISEÑO DE UN PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> REFERIDO AL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA: PRINCIPIOS GENERALES.....	515
3. REGLAS Y NORMAS ESPECÍFICAS DE UN PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> REFERIDO A LA CORRUPCIÓN PRIVADA .....	519
1. En general.....	519
2. Prohibición general de todo acto o forma de corrupción privada.....	522
2.1. En general.....	522
2.2. Los Códigos Éticos.....	524
3. La obligación de transparencia .....	526
4. Las investigaciones internas.....	528
4.1. Cuestiones generales .....	528
4.2. Control, intervención y registro de medios informáticos y electrónicos del personal de la empresa .....	530
4.2.1. Introducción .....	530
4.2.2. La posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo .....	532
4.2.3. La posición de la STC nº 170/2013, de 7 de octubre.....	536
4.2.4. La posición de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.....	539
5. Comunicación del resultado de la investigación a las autoridades .....	540
5.1. Deber de denunciar a las autoridades .....	541
5.2. Actuación ante el requerimiento de las autoridades.....	542
6. Ofrecimiento y aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción.....	543

6.1. Introducción .....	543
6.2. Reglas de la Cámara de Comercio Internacional .....	545
6.3. <i>The Bribery Act 2010 Guidance</i> .....	545
6.4. La guía <i>Hospitality und Strafrecht - ein Leitfaden</i> .....	546
6.4.1. Eventos especializados .....	547
6.4.2. Eventos combinados .....	548
6.4.3. Eventos de entretenimiento.....	549
6.5. Reglas de un programa de <i>compliance</i> sobre ofrecimiento y aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción.....	550
<b>PARTE V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>553</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>563</b>
<b>ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.....</b>	<b>611</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>617</b>
1. Introducción y objetivos .....	617
2. Resultados y conclusiones .....	619
<b>SUMMARY .....</b>	<b>623</b>
1. Introduction and objectives .....	623
2. Results and conclusions .....	625

## ABREVIATURAS

- BBA = British Bankers' Association*  
*BGH = Bundesgerichtshof*  
CC = Código Civil  
CE = Constitución Española  
CEDH = Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales  
C.G.P.J = Consejo General del Poder Judicial  
CICC = Convención Interamericana contra la Corrupción  
CNUCC o UNCAC = Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción  
CONCACAF = Confederación de América del Norte, Central y el Caribe de Fútbol  
CP = Código Penal  
DOUE = Diario Oficial de la Unión Europea  
EE. UU. = Estados Unidos de América  
EFPIA = Federación Europea de las Asociaciones de la Industria Farmacéutica  
ENICRIV = Encuesta Internacional sobre Criminalidad y victimización  
ET = Estatuto de los Trabajadores  
*FCPA = Foreign Corrupt Practices Act*  
*FED = Federal Reserve System*  
*FCA = Financial Conduct Authority*  
*FDA = Food and Drug Administration*  
*FIFA = Fédération Internationale de Football Association*  
*FOIA = Freedom for Information Act*  
*FSA = Financial Services Authority*  
*FTC = Federal Trade Commission*  
*GLBA = Financial Services Modernization Act* (Gramm-Leach-Bliley Act o Gramm Act)  
*GRECO = Groupe d'Etats Contre le Corruption*  
*ICC = Interstate Commerce Commission* o Cámara de Comercio Internacional según contexto  
*ICVS = International Crime Victimization Survey*  
LCD = Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal  
LDC = Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia  
LES = Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible  
LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial  
OEA = Organización de los Estados Americanos  
OCDE= Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos  
OMS = Organización Mundial de la Salud  
O.N.U. = Organización de las Naciones Unidas  
*PRA = Prudential Regulation Authority*  
*RICO = Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*  
SAP = Sentencia de Audiencia Provincial  
*SEC = Securities and Exchange Commission*

*StGB = Strafgesetzbuch*  
STC = Sentencia del Tribunal Constitucional  
STJCE = Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  
STS = Sentencia del Tribunal Supremo  
TJUE = Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
TRLSC = Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se  
aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital  
Tratado UE = Tratado de la Unión Europea  
Tratado CE = Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas  
U.E. = Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

Cuando SUTHERLAND acuñó la categoría de *white collar crime*<sup>1</sup>, incluyó en la misma -junto con delitos como la falsedad contable, la manipulación del mercado de valores, el soborno de funcionarios públicos o el fraude fiscal-, el delito conocido como *commercial bribery*<sup>2</sup>. Esta denominación (que se puede traducir como «soborno comercial») es la utilizada en los Estados Unidos de América para referirse al delito que conocemos como «corrupción entre particulares» o «corrupción privada». Dicha conducta puede ser definida, en una primera aproximación y con carácter general, como el pago, ofrecimiento o solicitud de un beneficio, para inducir al receptor a proporcionar una ventaja comercial desleal a quien realiza el pago u ofrecimiento.

La penalización de este tipo de conductas está directamente relacionada con la actividad del Estado sobre la economía mediante órganos reguladores, en la medida en que la defensa de la competencia se ha convertido en uno de los ámbitos propicios para la intervención de los poderes públicos en los mercados. Pero, actualmente, esa intervención estatal no se limita al ámbito administrativo, sino que la casi totalidad de los sistemas penales han recogido como delito determinadas conductas que se consideran contrarias o perturbadoras de la misma. Precisamente, se trata del castigo penal de las conductas de soborno o de cohecho que se desarrollan en la contratación privada.

---

<sup>1</sup> SUTHERLAND, E. H., «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, vol. 5, nº 1, febrero, 1940, págs. 1 a 12, *passim*. La categoría de *white collar crime* fue citada por primera vez, por SUTHERLAND, en el discurso presidencial que emitió en la 34ª reunión anual de la *American Sociological Association*, celebrada en Filadelfia en diciembre de 1939 (SUTHERLAND fue el vigesimonoveno presidente de la citada asociación). El discurso se publicó, en el año 1940, en la *American Sociological Review*. Posteriormente, publicó el artículo «Is "White Collar Crime" Crime?», también en la *American Sociological Review* (SUTHERLAND, E. H., «Is "White Collar Crime" Crime?», *American Sociological Review*, vol. 10, nº 2, 1944 Annual Meeting Papers, abril, 1945, págs. 132 a 139). En 1949, SUTHERLAND publicó la monografía *White Collar Crime* (SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime*, Dryden Press, New York, 1949); obra en la que el propio autor aceptó realizar algunos recortes y no citar los nombres de las empresas estadounidenses que había estudiado en su investigación; ya que así se lo exigían la editorial del libro y la Universidad de Indiana (fue el director del Departamento de Sociología de dicha universidad de 1935 a 1949). Esta obra fue traducida al castellano por Rosa del Olmo, profesora de la Facultad de Economía y Ciencia Social de la Universidad Central de Venezuela (SUTHERLAND, E., *El Delito de Cuello Blanco* -traducción de Rosa del Olmo-, Ediciones de la Biblioteca U.C.V., Caracas, 1969). En 1983, se publicó una edición del libro original con todo el contenido elaborado por el autor (SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime: The Uncut Version*, Yale University Press, New Haven, 1983).

<sup>2</sup> SUTHERLAND, E. H., «White-Collar...», ob. cit., pág. 2.

La conclusión de que estas actuaciones merecen un reproche penal ha recibido críticas importantes, basadas en la idea de que se trata de una «forma de hacer negocios», que, a lo sumo, deben ser entendidas como comportamientos poco éticos, pero tolerables, porque se realizan para conseguir oportunidades de negocio entre personas privadas; o en la idea de que si se castiga este tipo de corrupción se equipara indebidamente la corrupción privada con la pública.

Sin embargo, esta forma de corrupción genera un intenso daño económico y social en diversos ámbitos, de modo que sus efectos negativos superan los pretendidos beneficios. Por otra parte, en la realidad económica y social actual, la distinción entre la esfera de lo público y lo privado no es tan nítida como se pretende, por lo que la corrupción punible no se debe limitar, por definición, a la esfera pública.

Precisamente, a la exposición y valoración de estas consideraciones se dedica la primera parte de este trabajo.

En el estudio de la figura que nos ocupa es imprescindible acudir a los textos internacionales que tratan de la misma, así como a la forma en que se ha legislado en otros países.

La lucha contra todo tipo de corrupción (también la privada) es una preocupación de alcance internacional, como fenómeno que alcanza dimensión supranacional, debido a la globalización de los mercados de bienes y servicios y a la internacionalización de las actividades criminales. La pretensión de los convenios internacionales que tratan la materia es la de garantizar un entorno internacional uniforme de desarrollo de la actividad económica y comercial, que esté presidida por una lógica de transparencia, protegiendo a los mercados de interferencias ajenas a la leal competencia. Por ello, prohíben recurrir a la práctica del soborno, ya sea de funcionarios públicos o de personas ajenas a la causa pública, pero con poder de decisión en operaciones comerciales o mercantiles.

En el marco europeo, tienen capital importancia el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999 y la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Ambos instrumentos son tratados en la segunda parte de este trabajo, junto con la regulación existente en algunos países de la Unión Europea y en los EE. UU.

En el ámbito de los países europeos de nuestro entorno está actualmente extendida la consideración como delito de estas conductas, con independencia del modelo de incriminación que se adopte. Especialmente significativas son las legislaciones de Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido que incorporaron este delito a sus ordenamientos con anterioridad a España, y cuya experiencia interpretativa sobre diversos aspectos de la infracción puede ser de utilidad en la aplicación de la misma en nuestro Derecho. Además, se trata de un delito que está «en ebullición» constante, como lo demuestra el hecho de que las legislaciones de los cuatro países citados han sido objeto de 11 reformas legislativas, en total, desde el año 2000 hasta hoy (e, incluso, están en trámite reformas legislativas de futuro, como es el caso de Alemania).

Igualmente sucede en EE. UU. En este país no se ha promulgado una norma penal general que castigue esta práctica a nivel federal y para la persecución del soborno comercial, a tal nivel, se acude fundamentalmente a la *Travel Act*. Ello no ha sido obstáculo para que, desde mediados de la década de 2000, hayan sido relativamente frecuentes los procedimientos aplicando la citada norma, combinando la misma con la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, para combatir el soborno comercial y el soborno a empleados públicos, tanto a nivel interno como internacional.

Una vez tratada la materia desde la óptica de la regulación en el extranjero, es necesario detenerse en la legislación española. Precisamente, la incorporación a la misma de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, supuso la introducción del delito de «corrupción entre particulares» en el art. 286 bis CP, mediante la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Este precepto ha sido objeto de nueva redacción por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; que lo encuadra en una Sección denominada «Corrupción en los negocios». En ella, además, incluye el delito de soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 286 ter CP) y crea el art. 286 quáter CP -incluyendo los tipos agravados del delito de corrupción entre particulares, entre otros-. Con la reforma se pretende garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas (ya se trate de corrupción en el ámbito puramente empresarial o de la corrupción de un funcionario público extranjero).

Sobre la descripción y estudio detallado de los elementos del delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP versa la tercera parte de este



trabajo, con el tratamiento de las numerosas cuestiones debatidas que se plantean y de las posiciones doctrinales al efecto: bien jurídico protegido, ámbito de los sujetos activos, conducta típica, relación con otros delitos -siendo especialmente problemática la relación con el delito de administración desleal-, etc. Ello con singular énfasis en la incidencia que ha tenido la reciente reforma del Código Penal de 2015.

Finalmente, se ha de tener presente que el delito de corrupción entre particulares es uno de los que puede generar responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, conforme a los artículos 31 bis y 288 CP. Las líneas generales de esa responsabilidad, así como las que se refieren al sistema diseñado por la *Bribery Act 2010*, se recogen en la cuarta parte de este trabajo. Incluyendo una mención a los programas de *compliance*, que alcanzan una importante relevancia para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La determinación de los principios generales que deben regir un programa de *compliance* y de las específicas normas y reglas que permitan prevenir, detectar y perseguir dentro de la empresa la realización de conductas de corrupción privada cierran el estudio del delito.

## **PARTE I. CUESTIONES PRELIMINARES**



## **CAPÍTULO PRIMERO. EL DERECHO PENAL Y LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

Ningún Estado -que se precie de reunir las condiciones para ser considerado como tal- ha renunciado a intervenir en la economía. Aún siendo una organización estatal incipiente, ha procurado regular aquellos sectores de actividad económica que tuvieran relevancia social<sup>3</sup>.

Los mecanismos que los diversos Estados han empleado a lo largo de la Historia para llevar a efecto tal intervención son variados. A nuestro juicio, en la actualidad, la evolución de la regulación ha dado lugar a que la misma también pueda llevarse a cabo utilizando el Derecho Penal, porque mediante la amenaza de una pena, en el caso de la comisión de un hecho tipificado en la ley, el poder público influye, coarta y condiciona las decisiones económicas y empresariales.

Precisamente, uno de los campos en los que el Derecho Penal ha irrumpido con fuerza es el de la defensa de la competencia, mediante la creación de tipos penales que castigan el delito de corrupción entre particulares o corrupción privada. Al incluir delitos de tal naturaleza en los ordenamientos los operadores económicos pueden prever las consecuencias que supone llevar a cabo un acto de tal naturaleza, lo que, a su vez, influye en las decisiones económicas o empresariales que pueden tomar al actuar en un determinado mercado.

En nuestro ordenamiento, la tipificación de las conductas de corrupción privada es reciente, ya que se incorporó al Código Penal por medio de la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (creando el art. 286 bis CP).

### **II. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ECONÓMICA**

#### **1. CONCEPTO DE REGULACIÓN**

---

<sup>3</sup> Un ejemplo de ello es, en nuestro país, la regulación referida a la Mesta, contenida en el *Cuaderno de las Leyes de la Mesta*, que data de 1273, bajo el reinado de Alfonso X, «el Sabio». O, por otra parte, la consideración de la usura como equivalente al hurto a partir del siglo XIII; cfr. BACIGALUPO, E., «La prevención de riesgos de responsabilidad penal y administrativa de las empresas», en *Compliance y Derecho Penal*, FIDE-Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 13 a 32, esp. pág. 19.

A la actividad mediante la que el Estado interviene en la economía se le denomina actualmente con el concepto de «regulación», proveniente del término inglés *regulation*.

Sin embargo, los conceptos «regular» y «regulación» son multívocos.

En una primera aproximación, regular equivale a dictar normas, a ordenar un sector con instrumentos jurídicos vinculantes (reglamentos, órdenes o actos administrativos). Ésta es la concepción tradicionalmente seguida en Europa<sup>4</sup>. Frente a la misma, se habla de un concepto de regulación, propio no tanto del Derecho sino de la teoría económica, que identifica regulación con la intervención estatal en la economía. Se distingue así, entre, un concepto amplio y estricto de regulación<sup>5</sup>; y también entre una regulación normativa, una regulación económica e, incluso, una regulación social. De tal modo que la regulación en su concepto normativo sería equivalente al proceso de elaboración y aplicación de normas; en su vertiente económica, se trataría de una forma de intervención pública que condiciona e influye en las decisiones de los agentes económicos<sup>6</sup>; mientras que, en su vertiente social, es aquella que protege intereses públicos tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la cohesión social<sup>7</sup>. Por otra parte, el objeto de la regulación es variado, ya que se puede considerar como tal al total de la actividad pública (en este caso, regulación equivaldría a Derecho Administrativo), o puede recaer tanto sobre los mercados -con sus distintos sectores- (regulación económica) como sobre las actividades arriesgadas (regulación de riesgos)<sup>8</sup>.

Tras lo dicho, llegar a obtener un concepto de regulación pacífico y comunmente aceptado es tarea prácticamente imposible, ya que en relación con la regulación casi todo es discutido.

---

<sup>4</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 349 a 386, esp. pág. 349.

<sup>5</sup> Sobre ambas concepciones de la regulación, estricta y amplia, véase DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob. cit., págs. 362 y ss.

<sup>6</sup> Sobre los conceptos normativo y económico de regulación y otros tipos de regulación, DE LA CRUZ FERRER, J., «Definición, desarrollo y tipos de regulación», en *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, págs. 3 y 11 (disponible en <http://cerecom.org/tgenregulacion.htm>; consulta octubre de 2011).

<sup>7</sup> Así se define en *The OECD Report on Regulatory Reform* (disponible en [www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf); consulta octubre de 2011).

<sup>8</sup> Sobre la regulación de riesgos, véase CARRILLO DONAIRE, J. A., «La regulación de la seguridad y la calidad industrial y productiva», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica...*, ob. cit., págs. 577 a 629, *passim*.

En cualquier caso, podemos aceptar, a los efectos del objeto de este trabajo, que el concepto de regulación que se va a manejar en el mismo tiene las siguientes notas características: i) es una actividad pública; ii) es una actividad que recae sobre una realidad económica; iii) es una actividad de supervisión y control de carácter imperativo; y iv) es una actividad que tiene un fin determinado.

Por tanto, más que hablar de «regulación» ha de hablarse de «función reguladora»<sup>9</sup>; que no consiste exclusivamente en el poder de dictar normas vinculantes. No es sólo eso, no se detiene ahí, sino que la regulación evoluciona hacia todo un conjunto de actuaciones que van a ordenar un sector a través de múltiples instrumentos<sup>10</sup>.

## **2. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LA REGULACIÓN**

Como ya hemos indicado, son las siguientes: i) es una actividad pública; ii) es una actividad que recae sobre una realidad económica; iii) es una actividad de supervisión y control de carácter imperativo; y iv) es una actividad que tiene un fin determinado.

### **1. La regulación es una actividad pública**

La regulación es una actividad pública. El sujeto que regula es el Estado. Si bien puede suceder que la regulación se lleve a efecto directamente por un órgano administrativo o bien por una autoridad independiente de la Administración.

#### **1.1. Europa**

En Europa, acabada la Segunda Guerra Mundial, el Estado se convierte en el principal proveedor de bienes y servicios para los ciudadanos (transportes, energía, telecomunicaciones), para lo cual se dota de un aparato empresarial y normativo. Sin embargo, a finales del siglo XX, la situación varía radicalmente: gran parte de los ámbitos económicos sobre los que el Estado mantenía una situación de monopolio/predominio se liberalizan y las empresas (otrora públicas) se privatizan, lo que se debe principalmente a la política de las

---

<sup>9</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica...*, ob. cit., págs. 16 a 243, esp. pág. 111.

<sup>10</sup> BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, págs. 215 a 276, esp. pág. 227.

instituciones comunitarias europeas<sup>11</sup>. El Estado pasa de ser proveedor de servicios públicos -«Estado gestor»- a ser garante de quienes operan en los mercados para que respeten las normas (fundamentalmente de competencia) y cumplan las misiones de servicio público que se les confíen<sup>12</sup> -«Estado regulador» o «Estado garante»-.

Desde este punto de vista, el «Estado regulador» es una forma de actuación económica del poder público en la economía, como alternativa a una dirección política de la misma<sup>13</sup>. Ello conlleva una modificación del propio concepto de regulación: sigue siendo un poder de dictar normas, pero también de utilizar todos los instrumentos -normativos y ejecutivos- precisos para orientar el comportamiento de los mercados, en un momento en el que se produce su liberalización<sup>14</sup>.

En realidad, la liberalización de sectores económicos dio lugar a que la regulación se convirtiera en una parte importante de la intervención del Estado en la economía<sup>15</sup>. En palabras de VOGEL: *Freer Markets, More Rules*<sup>16</sup>.

## 1.2. Estados Unidos

En EE. UU., la función reguladora, como función pública, tiene un desarrollo anterior al seguido en Europa y, desde su origen, cuenta una característica propia: la función de supervisión y control de los distintos sectores de actividad se lleva a efecto por agencias o comisiones independientes.

---

<sup>11</sup> Sobre la evolución en Europa, véase, con más detalle, MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos...», ob. cit., págs. 16 a 18. También, DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob. cit., págs. 350 a 352.

<sup>12</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos...», ob. cit., pág. 18. Sobre la dicotomía entre «Estado gestor» y «Estado regulador», véase también la misma obra, pág. 110; y con más extensión ESTEVE PARDO, J., «La regulación de la economía desde el Estado garante» (disponible en [grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulación\\_Esteve.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulación_Esteve.pdf); consulta noviembre de 2011).

<sup>13</sup> LASA LÓPEZ, A., «La contribución de la Unión Europea a la gobernanza económica mundial ante la crisis del paradigma globalizador», en *La contribución de la Unión Europea a la gobernanza global*, Cuadernos Europeos de Deusto, nº 45/2011, Instituto Europeo de Estudios, Bilbao, págs. 67 a 96, esp. pág. 68.

<sup>14</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos...», ob. cit., pág. 18.

<sup>15</sup> Lo que se percibe como una «paradoja» por algunos autores, como GILARDI, F., *Delegation in the regulatory state: independent regulatory agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham-Massachusetts, 2008, pág. 1.

<sup>16</sup> Con esta frase se inicia el libro de VOGEL, S. K., *Freer markets, more rules. Regulatory reform in advanced industrial countries*, Cornell University Press, USA, 1996.

Esta característica es consustancial al concepto de regulación en EE. UU. Así, SELZNICK define regulación como «control exhaustivo y continuo *ejercido por una agencia pública* sobre actividades importantes para una comunidad» («sustained and focused control *exercised by a public agency* over activities that are valued by a community»)<sup>17</sup>. Por su parte, STIGLER<sup>18</sup> señala que la agencia reguladora «es un instrumento inevitable» en el control público de las industrias, profesiones y ramas de la actividad económica, por ser necesario un conocimiento especializado.

### 1.2.1. Evolución del sistema de agencias

Las agencias surgen a finales del siglo XIX, con el desarrollo de medios tecnológicos como el ferrocarril<sup>19</sup>, el teléfono o el telégrafo. El primer ejemplo de comisión reguladora federal es la *Interstate Commerce Commission (ICC)*, creada en 1887. Dicha comisión tuvo su origen en la necesidad de regular el comercio entre distintos Estados, cuando se creó una red ferroviaria de tal amplitud que el transporte rebasaba el ámbito de un sólo Estado. El Tribunal Supremo de EE. UU. consideró que un Estado no podía regular el transporte y comercio que se desarrollaba fuera de sus fronteras, de manera que sólo una comisión de ámbito federal podría hacerlo (*Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*<sup>20</sup>). Aquí se halla el origen de la ICC.

Esta Comisión abrió el camino a muchas otras agencias. Entre ellas cabe citar, en primer lugar, dos agencias: el *Federal Reserve System (FED)*, creado, en 1913, por la *Federal Reserve Act*; y, en segundo lugar, la *Federal Trade Commission*, creada en 1914 para controlar la aplicación de la legislación *antitrust* <sup>21</sup>. Dicha legislación antimonopolio estadounidense tiene su

---

<sup>17</sup> SELZNICK, P., «Focusing Organizational Research on Regulation», en NOLL, R. G. (Editor), *Regulatory policy and the social sciences*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles-Londres, 1985, págs. 363 a 367, esp. pág. 363.

<sup>18</sup> STIGLER, G. J., «The Process of Economic Regulation», *Antitrust Bull.*, nº 17, 1972, págs. 207 y ss., esp. pág. 207.

<sup>19</sup> La primera de tales agencias es la *Railroad Commission* de Rhode Island (creada en 1839); con más detalle, véase MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos...», ob. cit., pág. 136. El antecedente de las agencias reguladoras federales está en la Comisión reguladora del Ferrocarril del Estado de Massachussets, creada en 1869; BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., pág. 226. Con más detalle, sobre el origen y desarrollo de las Comisiones para la supervisión y el control de los ferrocarriles, ESTEVE PARDO, J., «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica...*, ob. cit., págs. 293 a 347, esp. págs. 295 a 301.

<sup>20</sup> 118 U.S. 557 (1886).

<sup>21</sup> Ambas pertenecen a la que se podría denominar la «primera gran oleada administrativa y reguladora en EE. UU.». Sobre esta cuestión, véase BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., págs. 228 y 229.



fundamento en dos normas: la *Sherman Act* de 1890 y la *Clayotn Act* de 1914. Con ellas se pretende responder al monopolio natural del ferrocarril, ordenar el libre mercado y fragmentar el poder económico mediante la aplicación de los principios de la competencia<sup>22</sup>.

Por otra parte, debe citarse la *Securities and Exchange Commission* (SEC), creada en 1934, mediante la *Securities Exchange Act*, para supervisar el mercado de valores<sup>23</sup>. Es consecuencia directa del *crash* de 1929 y la llegada de Roosevelt al poder en 1932, con su *New Deal*. La *Securities Exchange Act* fue un hito en la concepción de la propia regulación, ya que instauró mecanismos de control de las empresas que operaban en Wall Street, como la evaluación de los riesgos financieros, el sometimiento a auditorías o la revelación de información sobre sus actividades económicas.

El desarrollo de la función reguladora por agencias independientes es, como decíamos, un rasgo originario de EE. UU., que ha tenido gran influencia posterior en el resto del mundo. Las agencias no sólo tuvieron un impacto nacional, sino que han proyectado el sistema administrativo y regulador global. Así, por ejemplo, el modelo de la *Interstate Commerce Commission* late en la creación y estructura de la Organización Mundial del Comercio; o el *Federal Reserve System*, como agencia reguladora independiente en el campo monetario, inspiró la creación del Banco Central Europeo<sup>24</sup>. EE. UU. consiguió su liderazgo mundial a través de diversas regulaciones y administraciones públicas económicas como las citadas y el resto de países ha ido a remolque de esta manera de afrontar la cuestión<sup>25</sup>.

En el caso de Europa, tanto las instituciones comunitarias como los Estados han adoptado este modelo, creando agencias *ad hoc* de regulación<sup>26</sup>.

### 1.2.2. Críticas al sistema de agencias

---

<sup>22</sup> Véase, BALLBÉ, M. y CABEDO, Y., «La necesidad de administraciones reguladoras en Latinoamérica para prevenir los ataques especulativos, los riesgos financieros y la defensa de los consumidores», *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia*, nº 57, octubre 2013 (disponible en <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/057-Octubre-2013/Ballbe.pdf>; consulta abril de 2014), pág. 2.

<sup>23</sup> Más extensamente, consúltese BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., págs. 230 y 231.

<sup>24</sup> BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., pág. 245.

<sup>25</sup> BALLBÉ, M. y CABEDO, Y., «La necesidad de administraciones...», ob. cit., pág. 2.

<sup>26</sup> Sobre el origen y proliferación de las agencias reguladoras en Europa, a partir de finales de los años 90 del siglo XX, véase GILARDI, F., *Delegation in the regulatory...*, ob. cit., *passim*.

El sistema seguido en EE. UU. no está exento de críticas. Las más relevantes se han centrado en: i) la posición que ocupan las agencias en un sistema basado en la separación de poderes<sup>27</sup>; y ii) cuál es el grado de transparencia y claridad de su actuación<sup>28</sup>.

Respecto al primer aspecto, la necesidad de someter a las agencias a un control por los tribunales y de establecer los procedimientos a seguir en su actuación de un modo más ordenado, culminó con la aprobación de la *Federal Administrative Procedure Act*, en 1946<sup>29</sup>.

En lo que se refiere al segundo aspecto, la idea de partida es que las agencias reguladoras son independientes, pero otra cosa es que consigan serlo<sup>30</sup>. Esta idea ya fue puesta de manifiesto por STIGLER y los economistas de la Escuela de Chicago, quienes elaboraron el concepto de «captura del regulador por el regulado»<sup>31</sup>: la regulación no es siempre neutral o benevolente, sino que puede estar dirigida *de facto* al exclusivo beneficio de operadores económicos o de grupos de poder determinados, en la medida en que el contacto constante con el regulado y la presión de este sobre el regulador llevan al mismo a una actitud de cooperación e, incluso, complaciente hacia el grupo regulado<sup>32</sup>. En

---

<sup>27</sup> Sobre la cuestión de las agencias y el sistema de separación de poderes, STRAUSS, P. L., «The place of agencies in Government: separation of powers and the four branch», *Columbia Law Review*, vol. 84, abril 1984, n.º 3, págs. 574 y ss., *passim*.

<sup>28</sup> En Europa, además, se ha planteado el problema del alcance de los poderes de los órganos de regulación y el respeto de los derechos y libertades establecidas en el CEDH. Al respecto, véase BENILLOUCHE, M., «Sobre la fusión de las autoridades de regulación económica en Francia», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 17, septiembre-diciembre 2002, págs. 105 a 114 (traducción de Jacobo López Barja de Quiroga del original «Vers la fusion des autorités de régulation économique en France», *Agon*, n.º 33/2001).

<sup>29</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos...», ob. cit., págs. 142 y 143. Sobre la influencia de esta norma en España, sus diferencias con el Derecho administrativo europeo y el sistema de *checks and balances* que instauro, consúltese BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., págs. 233 a 235.

<sup>30</sup> Los estudios sobre la independencia de tales agencias son numerosos. Un resumen de los mismos, de los parámetros empleados para medir tal independencia y de sus resultados se puede consultar en SIFONTES, D., «Regulación económica y Agencias Regulatorias Independientes: una revisión de la literatura», *Contribuciones a la economía*, octubre 2003, págs. 21 y ss. (disponible en <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>; consulta octubre de 2011).

<sup>31</sup> Cfr., STIGLER, G. J., «The theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science* (actualmente esta revista se denomina *The RAND Journal of Economics*), vol. 2-1, 1971, págs. 3 a 21; POSNER, R. A., «Taxation by Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, primavera 1971, págs. 22 a 50 y «Theories of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, otoño 1974, págs. 335 a 358; PELTZMAN, S., «Toward a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, vol. 19, agosto 1976, págs. 211 a 240; y BECKER, G. S., «A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, agosto 1983, págs. 371 a 400.

<sup>32</sup> STIGLER, G. J., «The Process of...», ob. cit., pág. 207; BECKER, G. S. «A Theory of Competition...», ob. cit., págs. 394 a 396.

este sentido, se indica que el problema de la regulación es descubrir cuándo y por qué una industria (u otro grupo de personas con ideas afines) es capaz de utilizar al Estado para sus propios fines<sup>33</sup>.

Los mecanismos de captura del regulador son variados, pero fundamentalmente derivan de la asimetría en la información y de la llamada *revolving door*. La asimetría en la información significa que las grandes empresas (transportes, energía, banca, mercado de valores) generan una información técnica acorde con sus intereses y el regulador no cuenta con medios suficientes para contrastarla, de modo que acaba regulando en función de tal información. La *revolving door* (puerta giratoria) supone que hay un trasvase entre los sujetos integrantes de los órganos de regulación y los órganos de gobierno de los operadores económicos<sup>34</sup>.

Precisamente, en 1966 se dicta la *Freedom for Information Act (FOIA)*, estableciendo garantías que redundan en la transparencia de la gestión de las agencias, como son la obligación de publicar determinados asuntos y permitir el acceso público a sus archivos<sup>35</sup>. Mediante esta norma las agencias han de abrirse a la prensa y al público; y, utilizando los mecanismos que prevé, los ciudadanos pueden solicitar al Gobierno información sobre cualquier tema<sup>36</sup>.

### 1.3. España

En España, la creación de entidades reguladoras tiene la misma evolución que en el resto de Europa, proliferando las mismas a partir de los años 80 y 90 del siglo XX<sup>37</sup>.

La figura de los organismos reguladores se contemplaba, con carácter general, en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que

---

<sup>33</sup> STIGLER, G. J., «The theory of economic...», ob. cit., pág. 4.

<sup>34</sup> Con más detalle, véase BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., págs. 237 y 238, nota 71. También BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ, R. y CABEDO, Y., «La crisis financiera causada por la "deregulation" del Derecho Administrativo Americano. El conflicto competencial entre Washington y los Estados para el (des)control de las hipotecas depredadoras: las sentencias de la Corte Suprema *Watters v. Wachovia Bank* de 2007 y *Cuomo v. Clearinghouse* de 2009», en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., y ALONSO GARCÍA, R. (Coordinadores), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, Civitas, Madrid, 2012, págs. 3709 a 3736, esp. págs. 3728 a 3730.

<sup>35</sup> Otra norma en este sentido es la *Sunshine Act* de 1976, que obliga a las agencias a anunciar las fechas de sus reuniones y permitir el acceso al público.

<sup>36</sup> LIGHT, P. C., *Government's greatest achievements. From civil rights to homeland defense*, The Brookings Institution, Washington, D. C., 2002, pág. 31.

<sup>37</sup> Sobre la evolución de los organismos reguladores en España, véase SALA ARQUER, J. M., «Organismos de supervisión y regulación: balance y perspectivas de futuro», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 24, junio 2011, págs. 81 a 90, *passim*.

enumeraba cuáles eran y diseñaba su régimen general. Según el artículo 8.1. de la LES (en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena) tenían la consideración de Organismo Regulador la Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Comisión Nacional del Juego y Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria.

Curiosamente, esta norma no consideraba como tales a organismos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el Banco de España porque, según la Exposición de Motivos de la LES «[q]uedan por ahora fuera de este marco común los organismos vinculados al ámbito financiero, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión sobre su régimen que actualmente se desarrolla en el ámbito internacional y europeo».

Sin embargo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Disposición Derogatoria, letra h) derogó esta regulación. Esta Ley creó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo público, cuyo objeto es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios (artículo 1). De tal modo que atribuye competencias a la citada Comisión, con carácter general, en todos los mercados y sectores productivos (artículo 5); y, en concreto, competencias de supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas (artículo 6), en el sector eléctrico y en el sector del gas natural (artículo 7), del mercado postal (artículo 8), en materia de mercado de comunicación audiovisual (artículo 9), en materia de tarifas aeroportuarias (artículo 10) y en el sector ferroviario (artículo 11)<sup>38</sup>.

## **2. La regulación recae sobre una realidad económica**

La segunda nota característica de la regulación es que se trata de una actividad que recae sobre una realidad económica.

---

<sup>38</sup> En consecuencia, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (Disposición Adicional Segunda, número 1, de la citada Ley).

El concepto de regulación que manejamos en este trabajo se refiere a una actividad estatal que se centra en la economía o en un sector económico. La actividad estatal de supervisión y control puede recaer sobre distintos objetos, y ahora nos interesa la regulación económica y no otros tipos de regulaciones. En tal sentido, actualmente cabe distinguir dos frentes de la actividad reguladora<sup>39</sup>: la regulación de la economía y de los servicios de interés general, por un lado - que se refiere a elementos y aspectos de contenido económico-; y, por otro lado, la regulación de riesgos -que se centra en la supervisión y control de actividades arriesgadas y que generan peligro potencial para la sociedad-<sup>40</sup>.

En este trabajo nos interesa la actividad de regulación que recae sobre la actividad económica y los operadores económicos. De manera que cabe identificar tres sectores en los que se centra la regulación<sup>41</sup>: i) la actividad de las entidades financieras, ii) el mercado de valores y la Bolsa, y iii) los llamados «sectores estratégicos» (energía, transportes, comunicaciones, etc.). Así, se habla de «organismos de regulación» de sectores estratégicos y de «organismos de supervisión» del sistema bancario y financiero; aunque todos ellos son, en realidad, entidades regulatorias<sup>42</sup>.

Ahora bien, a nuestro juicio, ello no significa que el control y la intervención del Estado sobre los mercados deban realizarse utilizando exclusivamente instrumentos «económicos». Esa es una posibilidad, de manera que el Estado puede emplear instrumentos que se refieran a dos ámbitos económicos: los presupuestos de entrada y participación en el mercado y la fijación de condiciones determinantes de la conducta de sus operadores<sup>43</sup>.

Entre los primeros, es decir, los que se refieren a la entrada y participación en el mercado tenemos<sup>44</sup>: la instauración de un monopolio, la necesidad de previa autorización administrativa, la adjudicación de recursos escasos, la exclusión de una empresa de un mercado o la obligación de entrada en un mercado. Entre los instrumentos económicos de regulación que

---

<sup>39</sup> Cfr. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob., cit., pág. 393.

<sup>40</sup> En EE. UU., quizás la agencia más conocida en este campo sea la *Food and Drug Administration (FDA)*, que se encarga del control de la seguridad y eficacia de los medicamentos (humanos y veterinarios), productos biológicos, dispositivos médicos, alimentos y cosméticos, entre otros. En España, algunos organismos de regulación de riesgos son la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios o el Consejo de Seguridad Nuclear.

<sup>41</sup> Cfr. SALA ARQUER, J. M., «Organismos de supervisión y...», ob. cit., pág. 82.

<sup>42</sup> Sobre la diferencia de denominación entre unos y otros, SALA ARQUER, J. M., «Organismos de supervisión y...», ob. cit., pág. 82.

<sup>43</sup> Cfr., STIGLER, G. J., «The theory of economic...», ob. cit., págs. 4 a 7.

<sup>44</sup> Con más detalle, DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob., cit., págs. 369 y 370.

condicionan la conducta de los operadores, podemos citar<sup>45</sup>: la fijación de precios y tarifas, la fijación de condiciones de actuación, el establecimiento de una obligación de prestación y la necesidad de prestación universal<sup>46</sup>.

Como decíamos cabe esta posibilidad, pero no es la única. En nuestra opinión, la regulación económica es polifacética y viene a ser la actividad del Estado que restringe, influye o condiciona la actuación de los agentes económicos <sup>47</sup>. Ello puede lograrse empleando mecanismos puramente económicos, pero también de cualquier otro tipo: normativos, persuasivos, propios de la autorregulación, etc. Entre esos instrumentos, como luego veremos, está también el Derecho Penal.

### 3. La regulación es una actividad imperativa

El Estado incide en la economía mediante la imposición de obligaciones y prohibiciones, cuyo incumplimiento conlleva sanciones. Aunque puede utilizar mecanismos preventivos o *ex ante*, lo normal es que la función de regulación se manifieste mediante controles represivos *ex post*, al ejecutar una actividad de supervisión<sup>48</sup>.

Siendo este el punto de partida, lo cierto es que también utiliza mecanismos no vinculantes ni coactivos, como son las recomendaciones, visitas técnicas, directrices, estándares de calidad u otros instrumentos del llamado *soft law*<sup>49</sup>. Se trata de elementos que se caracterizan por carecer de una consecuencia sancionatoria en caso de incumplimiento. Entre estos mecanismos no imperativos, la doctrina suele incluir la autorregulación<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Con más detalle, DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob., cit., págs. 371 y 372.

<sup>46</sup> Con más detalle sobre estos instrumentos, véase, BREYER, S., «Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform», *Harvard Law Review*, vol. 92, nº 3, enero 1979, págs. 549 a 609, esp. págs. 560 a 578.

<sup>47</sup> DE LA CRUZ FERRER, J., «Definición, desarrollo y...», ob. cit., pág. 3.

<sup>48</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob., cit., pág. 367.

<sup>49</sup> Sobre el concepto de *soft law* y sus manifestaciones, véase, en general, KIRTON, J. J. y TREBILCOCK, M. J., *Hard choices, soft law. Voluntary standards in global trade, environment and social governance*, Ashgate Publishing Limited, Hants-Burlington, 2004. En relación con Europa, consúltese MÖRTH, U., *Soft law in governance and regulation. An interdisciplinary analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham-Massachusetts, 2004; SENDEN, L., *Soft law in European Community law*, Hart Publishing, Oxford, 2004; y PALÁ LAGUNA, R., «Soft law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2010.

<sup>50</sup> Sobre la distinta concepción doctrinal de la autorregulación en los EE. UU. y Europa, ARROYO JIMÉNEZ, L., «Introducción a la autorregulación», en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 19 a 35, esp. págs. 19 a 23.

Mediante la autorregulación, los propios operadores de un sector de actividad se dotan de una serie de normas de conducta que rijan la misma, sin intervención del poder público. BLACK<sup>51</sup> realiza una diferenciación de supuestos de autorregulación, según cual sea el nivel de intervención pública en relación con la misma. Así, distingue entre:

1) *Voluntary self-regulation*, donde no hay participación activa del Estado, directa o indirecta, en la promoción o la imposición de la autorregulación.

2) *Coerced self-regulation*, en la que el colectivo impone una normativa, pero en respuesta a las amenazas del poder público de que si no lo hace, entonces él impondrá la regulación legal.

3) *Sanctioned self-regulation*, en la que el colectivo formula la normativa, que se somete a la aprobación del poder público.

4) *Mandated self-regulation*, en la que un grupo colectivo, industrial o profesional, es requerido o designado por el poder público para formular y hacer cumplir normas dentro de un marco definido, en términos generales, por él mismo.

La autorregulación se considera como «regulada»<sup>52</sup> cuando los poderes públicos supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control de cumplimiento de tales normas<sup>53</sup>. Se trata de una técnica indirecta de regulación, en la medida en que el Estado no elabora e impone normas de conducta, sino que utiliza de forma instrumental la autorregulación para sus propios fines: permite que los operadores elaboren esas normas, pero se reserva la responsabilidad última de velar porque, a través de ellas y de su adecuado cumplimiento, se logren fines públicos o de interés general<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup>Al respecto, véase BLACK, J., «Constitutionalising self-regulation», *The Modern Law Review*, vol. 59-1, enero 1996, págs. 24 a 55, esp. pág. 27.

<sup>52</sup> Sobre la autorregulación y la autorregulación regulada en nuestro ordenamiento, véanse, por todos: ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002; y DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

<sup>53</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica...*, ob. cit., págs. 631 a 667, esp. pág. 653.

<sup>54</sup> Cfr. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La autorregulación y sus fórmulas...», ob. cit., pág. 653; y DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «La recepción y desarrollo...», ob. cit., pág. 379.

El origen de la técnica de autorregulación se halla en la propia complejidad de la sociedad y de sus distintos sectores de actividad. Ello se ve acompañado de una correlativa debilitación de la capacidad del Estado para regularlos «a la manera tradicional»<sup>55</sup>. Entre esos sectores cada vez más complejos está la propia gestión empresarial, que requiere un grado de especialización más elevado<sup>56</sup>. Como fenómeno añadido, contamos con la necesidad de las organizaciones empresariales de encontrar elementos que legitimen el paulatino aumento de su capacidad de influencia y poder social<sup>57</sup>. Para lo cual acuden al mecanismo de la autorregulación y la automoderación; de manera que surgen instrumentos como los reglamentos internos, los manuales de buenas prácticas o los protocolos de actuación<sup>58</sup>. Pero la automoderación, sin recurso alguno al poder coactivo del Estado, sólo es factible en un entorno social y económico utópico e idealizado, que, por otra parte, es inexistente<sup>59</sup>.

Por tanto, el siguiente paso en esta evolución es la autorregulación regulada: una autorregulación controlada e instrumentalizada por el poder público, de modo que la utiliza como mecanismo indirecto de regulación<sup>60</sup>. No es una autorregulación que se desarrolle libremente, sino que surge una actividad estatal que tiene por objeto la regulación de la autorregulación: una actividad que orienta y constriñe la autorregulación<sup>61</sup>. El poder estatal establece los cauces, requisitos y procedimientos a través de los cuales debe desarrollarse la

---

<sup>55</sup> «(...) el Estado, a pesar de mantener el monopolio jurídico del poder, está perdiendo su capacidad para incidir en las relaciones sociales. El impacto de la regulación estatal es cada vez menor –a pesar de su proliferación– y ello es debido, en gran medida, a una pérdida de control, por parte de los poderes públicos, de la realidad que les envuelve. (...) El Estado se encuentra, así, desbordado por la realidad que le envuelve, por falta de control sobre su entorno, por falta de conocimiento, y por la imposibilidad para penetrar en unos subsistemas [sociales] cada vez más opacos y encapsulados en su propia autorreferencialidad»; DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., págs. 50 y 51.

<sup>56</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., pág. 71.

<sup>57</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., págs. 71 y 72.

<sup>58</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., pág. 74. Los instrumentos de autorregulación no se agotan en los citados, sino que se desarrolla a través de una serie diversa. DARNACULLETA I GARDELLA los sistematiza en instrumentos normativos, declarativos y resolutivos. En el grupo de los normativos incluye: los Códigos éticos y/o de conducta, las normas técnicas aprobadas por un organismo de normalización, los Códigos y Manuales de Buenas Prácticas y los Protocolos y procedimientos normalizados de trabajo. En el grupo de los instrumentos declarativos incluye las declaraciones de autorregulación o autocertificación, los certificados técnicos emitidos por terceros y los sellos, etiquetas y marcas. Finalmente, como instrumentos resolutivos de autorregulación considera las sanciones disciplinarias y las resoluciones arbitrales. Con más detalle, DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., págs. 350 a 366.

<sup>59</sup> Al respecto, véanse las reflexiones de ESTEVE PARDO, en ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y...*, ob. cit., págs. 23 a 40.

<sup>60</sup> Cfr. ARROYO JIMÉNEZ, L., «Introducción a...», ob. cit., pág. 24.

<sup>61</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., pág. 83 y nota 133.



autorregulación, para que ésta goce de efectos jurídico públicos relevantes y reconocidos por el propio Estado<sup>62</sup>.

Como ámbitos de la economía propicios a la autorregulación en general, y por tanto, a la autorregulación regulada, se citan<sup>63</sup>: la determinación de la calidad de los productos y servicios ofertados, el sistema financiero y el mercado bursátil.

#### **4. La regulación es una actividad que tiene una finalidad**

El Estado regula la economía con un fin, pretende obtener con la regulación un objetivo establecido. Las visiones tradicionales de la regulación indican que el Estado interviene en la economía con la finalidad de satisfacer un interés público, de perseguir objetivos que redundan en el beneficio general de la sociedad. Desde esta perspectiva, se identifica por su parte cuál es ese interés común y dirige su acción en consecuencia<sup>64</sup>.

Otra cosa es cómo se llega a la identificación del interés común. En Europa, la visión tradicional y ortodoxa de la cuestión, considera que el interés público se define por el Estado de manera previa e indiscutible; mientras que en EE. UU. la definición de tal interés se concibe como el resultado de una valoración de los distintos intereses de los colectivos afectados por la regulación<sup>65</sup>. Sin duda, en esta distinta concepción pesa el punto de partida de los Estados europeos, que son, en palabras de BALLBÉ, «Estados Administratocéntricos», y de EE. UU., que son «Estados individuocéntricos»<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho...*, ob. cit., pág. 86. Sobre los distintos efectos públicos reconocidos a la autorregulación, véase la sistematización que se recoge en ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y...*, ob. cit., págs. 127 y ss.

<sup>63</sup> ESTEVE PARDO, J., «El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya», en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *Autorregulación y...*, ob. cit., págs. 39 a 50, esp. pág. 44.

<sup>64</sup> Sobre esta idea en relación con la corrupción, desde un análisis económico, cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Introducción al análisis económico de la corrupción», en FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinador), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 21 a 26, *passim*; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho», en RODRIGUEZ GARCÍA, N. y FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003, págs. 15 a 26, *passim*.

<sup>65</sup> DE LA CRUZ FERRER, J., «Móviles de la regulación: bien común, intereses y fallos del gobierno», en *Principios de regulación...*, ob. cit., págs. 4 a 6. Sin embargo, esta concepción ortodoxa está siendo objeto de modulación y revisión en Europa; al respecto, véase BOBES SÁNCHEZ, M. J., «Discrecionalidad y Regulación (a propósito de la reciente jurisprudencia del BVerwG sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE *Comisión c. Alemania* de 3 de Diciembre de 2009)», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 29, 2012.

<sup>66</sup> BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., pág. 220.

Esta percepción de la regulación ha sido objeto de críticas, algunas de las cuales ya se han mencionado al hablar del fenómeno de la «captura del regulador». Frente a la concepción de un regulador que busca el interés público y pretende solucionar fallos o defectos del mercado (teoría del interés público o enfoque normativo de la regulación), tenemos la visión del regulador que se halla al servicio de determinados grupos fácticos de poder y que dirige su acción a la consecución de sus intereses (teoría del interés privado o enfoque positivo de la regulación)<sup>67</sup>. Los principales exponentes de esta segunda concepción son los autores de la Escuela de Chicago: STIGLER, JORDAN, POSNER y JOSKOW<sup>68</sup>.

Las necesidades que pretenden subsanarse mediante la regulación son variadas y se fundamentan en la idea de que, en un mercado carente de función reguladora, las decisiones que se adoptan por los operadores no siempre van a ser las más adecuadas para los propios operadores y/o los ciudadanos y/o el interés general. Así, BREYER indica que los defectos de mercado que dan lugar a una demanda de regulación se pueden clasificar de la siguiente manera: la necesidad de controlar los monopolios, la necesidad de controlar los beneficios inesperados resultantes de los cambios súbitos de precios, la necesidad de corregir el incremento de los costes, la necesidad de compensar la asimetría de la información y la necesidad de evitar la competencia excesiva, destructiva o desleal<sup>69</sup>.

### **III. REGULACIÓN Y DERECHO PENAL**

#### **1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

Como ya hemos indicado, el Estado incide en la economía y condiciona las decisiones de los operadores económicos mediante diversos instrumentos, que se engloban bajo la denominación de regulación. Esos instrumentos son de diversa naturaleza y alcance y, a nuestro juicio, uno de ellos es el Derecho Penal.

---

<sup>67</sup> Una visión de ambas concepciones y de las teorías ligadas a ellas, se puede consultar en POSNER, R. A., «Theories of Economic...», ob. cit., *passim*. También, de forma sintética, en PÁEZ PÉREZ, P. y SILVA RUIZ, J., «Las teorías de la regulación y privatización de los servicios públicos», *Administración & Desarrollo*, vol. 38, nº 52, 2011.

<sup>68</sup> Sobre el particular, véase PELTZMAN, S., «The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation», *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, 1989, págs. 1 a 59, en la que se expone el desarrollo de sus teorías, el contexto histórico en que se produjeron, las deficiencias de la teoría de la regulación y, por último, se revisan algunos de los cambios importantes que se produjeron en la regulación tras su formulación.

<sup>69</sup> BREYER, S., «Analyzing Regulatory...», ob. cit., págs. 553 a 557.

El Derecho Penal limita la libertad económica de los operadores<sup>70</sup> y, en este sentido, se utiliza como instrumento de regulación de la actividad económica, como un elemento de intervención estatal en la economía<sup>71</sup>, porque mediante la amenaza de una pena en el caso de la comisión de un hecho tipificado en la ley, influye, coarta y condiciona las decisiones económicas y empresariales.

Dada su naturaleza, no es uno de los mecanismos ortodoxos y de carácter estrictamente económico que se consideran propios de la regulación, en función de cuál sea la concepción de la misma que se maneje. No consiste en la utilización de técnicas concretas que puedan incidir en la fijación de precios, determinación de beneficios, acceso a los mercados o determinación de condiciones de actuación -entendidas todas éstas técnicas como de naturaleza y contenido estrictamente económico-. Pero es un hecho inevitable que el buen gobierno de las sociedades comerciales y de las técnicas jurídicas idóneas para garantizarlo, reclama cada vez con mayor intensidad la función del Derecho Penal como instrumento de regulación de la comunidad de los negocios<sup>72</sup>.

El poder público condiciona las decisiones de los operadores económicos mediante la consideración de un hecho como delito. Ello sucede en distintos ámbitos de la vida económica mercantil; por ejemplo, en el mercado bursátil<sup>73</sup> o en el ámbito contable -mediante el delito de falseamiento contable-, en el ámbito de la gestión del patrimonio empresarial -mediante el delito de administración desleal-, y en materia de decisiones que afectan a la vida de la

---

<sup>70</sup> Entendida esta limitación no con un matiz peyorativo, porque limitando la libertad en el ámbito de la economía, en realidad «(...) se limita (es) la libertad de perjudicar a otro con comportamientos indeseables en el mercado de los que todos podrían ser víctimas»; BACIGALUPO, E., «La prevención de riesgos...», ob. cit., pág. 18.

<sup>71</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, 2ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 12, definen el Derecho Penal económico en sentido estricto como «conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía». De acuerdo con esta idea, PÉREZ DEL VALLE, C., «Introducción al Derecho penal económico», en BACIGALUPO, E. (Director), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 19 a 39, esp. pág. 24. Una concepción del Derecho penal económico ligada a la protección punitiva del mercado financiero, se desarrolla en RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del mercado financiero», en ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho bancario y bursátil*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2012, págs. 685 a 703, esp. pág. 686.

<sup>72</sup> NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista penal*, nº 17, 2006, págs. 110 a 141, esp. pág. 112.

<sup>73</sup> Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «Mercado bursátil y publicidad engañosa: la intervención del Derecho Penal», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1175 a 1187, *passim*.

sociedad y a la configuración de las decisiones que se adoptan en el seno de la misma -mediante el delito de imposición de acuerdos abusivos a la minoría-.

Como vemos, el Estado puede influir en decisiones que son estrictamente económicas y mercantiles y que afectan a las sociedades, sus socios y los consumidores a través de la utilización de Derecho Penal.

## **2. LA TENSIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y DESREGULACIÓN**

### **1. Descripción del fenómeno**

Desde el último cuarto de siglo XX se registra una progresiva criminalización de diversos ámbitos de la vida mercantil y empresarial que, tradicionalmente, sólo estaban sometidos a otras eventuales responsabilidades distintas de la penal. A este aumento de la utilización de la ley penal se le añade la circunstancia de que los tipos penales se construyen de una manera excesivamente amplia, lo que plantea graves problemas para cohonestarlos con el principio de legalidad y las garantías que derivan del mismo<sup>74</sup>.

Por otra parte, se ha desarrollado una corriente de pensamiento a favor de la desregulación de la actividad económica. Corriente que ha estado dirigida por la idea de que es preciso dejar a la economía y los mercados la mayor libertad posible en su actuación, sin necesidad de la intervención y supervisión de los órganos reguladores. Ello, con el convencimiento añadido de que, de tal manera, el beneficio económico obtenido sería superior, lo que redundaría a su vez en un mayor beneficio social. Con esta premisa de partida, ha ido disminuyendo paulatinamente la regulación estrictamente administrativa de la actividad económica.

Se produce, así, una incoherencia del sistema que consiste en aumentar el recurso al Derecho Penal para incidir en la economía, que se combina con una disminución de la supervisión de los órganos administrativos reguladores. Como ejemplo de ello, en nuestro país, tenemos la defensa de la competencia: por un lado, se manifiesta una tendencia hacia la restricción de la intervención pública en el control de determinados comportamientos empresariales, y, por

---

<sup>74</sup> Cfr. sobre este fenómeno, BACIGALUPO, E., «Sobre seguridad jurídica y Derecho Penal económico», *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, Universidad de Chile, nº 1, diciembre 2011, págs. 277 a 291, *passim*; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del mercado...», *ob. cit.*, págs. 686 a 688.

otro lado, se introducen tipos delictivos como el art. 286 bis CP<sup>75</sup>, que es el objeto de este trabajo.

Uno de los ámbitos en los que se mostró esta debilitación de la regulación se produjo en el ámbito bancario en los EE. UU. mediante la eliminación del llamado *dual banking system* y la desaparición de la distinción entre las funciones de banca comercial y banca financiera.

Atendiendo a razones de fragmentación del poder, en los EE. UU. existía la limitación territorial del negocio bancario. El *dual banking system* permitía obtener una licencia bancaria estatal o federal, pero en ambos casos los bancos solo podían operar dentro de la circunscripción de un solo Estado de los 50 existentes. Todo este sistema de fragmentación territorial del poder bancario se cambió con la *Reagle Neal Act* de 1994, que permitió que un banco de un Estado pudiera comprar bancos en los 49 Estados restantes<sup>76</sup>.

Por otra parte, *The Banking Act* (1933) estableció una clara distinción entre dos clases de bancos, según fuera su actividad negocial: banca comercial y banca de inversión. Esta norma, junto con otras, fue el resultado de los trabajos y reformas de la Administración Roosevelt para superar la crisis de 1929. De tal manera que, además de la separación de los bancos de inversión de los bancos comerciales, se establecieron la obligación de transparencia en el mercado de Wall Street, las bases normativas para la persecución del uso de información privilegiada a través de infracciones administrativas y penales, la creación de una administración especializada para el control y regulación del mercado financiero (*SEC*) y la creación de un sistema de garantía de depósitos en los bancos comerciales (la *Federal Deposit Insurance Corporation*<sup>77</sup>).

Sin embargo, en 1999, la *Financial Services Modernization Act* (conocida como *Gramm-Leach-Bliley Act* -GLBA- o *Gramm Act*) derogó parte de la regulación de 1933; de manera que desaparecen las barreras que impedían a

---

<sup>75</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, 4/2011 (disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247787/331746>; consulta marzo 2012), pág. 28, nota 78.

Efectivamente, el procedimiento de control previsto en la ley para las concentraciones económicas (recogido en el art. 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) se flexibiliza por medio de la reforma operado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Con más detalle, véase VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 23ª edición, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 1295 y 1296 y págs. 1373 y 1374.

<sup>76</sup> Más extensamente, BALLBÉ, M. y CABEDO, Y., «La necesidad de administraciones...», ob. cit., pág. 5.

<sup>77</sup> Con más detalle, BALLBÉ, M. y CABEDO, Y., «La necesidad de administraciones...», ob. cit., págs. 3 y 4.

una institución actuar como una combinación de un banco de inversión, un banco comercial y una compañía de seguros<sup>78</sup>.

Con la combinación de la *Reagle Neal Act* de 1994 y la *Gramm Act* de 1999, las entidades bancarias se concentran y crean «megabancos» que se convierten en *too big to fail*. Conforme a este principio, no es posible que estas entidades quiebren porque ello puede suponer la quiebra de todo el sistema financiero<sup>79</sup>. Esta idea ha causado consecuencias demoledoras, ya que ha sido la base de la inyección por las arcas públicas de cientos de miles de millones de dólares y euros a las entidades financieras<sup>80</sup>.

La desregulación representada por la derogación de las normas de 1933, que tenían su causa en la crisis de 1929, es el origen de la reciente crisis económica y financiera global. Es decir, la crisis económica tiene como causa la crisis jurídica provocada por una desregulación generalizada, que se puede situar alrededor del año 2000<sup>81</sup>. Las causas de la crisis actual no tienen una explicación estrictamente económica, sino fundamentalmente jurídica y administrativa, porque la estabilidad del sistema económico y financiero durante 75 años se ha debido a la consolidación de un capitalismo regulado y social creado tras los aprendizajes del *crash* del 29, pero los cimientos de este sistema creado por Roosevelt fueron destruidos progresivamente por medidas de desregulación y privatización, como son: se elimina la separación de los bancos de inversión y los comerciales, se elimina para el nuevo mercado de derivados la obligación de transparencia de información y de revelación de

---

<sup>78</sup> Con más detalle, MANUELITO, S., CORREIA, F. y JIMÉNEZ, L. F., «La crisis sub-prime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe», *CEPAL-Serie Macroeconomía del desarrollo*, nº 79, Santiago de Chile, febrero, 2009, págs. 16 y 17.

<sup>79</sup> Sobre este principio, véase GUP, B. E. (Editor), *Too big to fail: policies and practices in government bailouts*, Praeger Publishers, Westport, 2004; y STERN, G. H. y FELDMAN, R. J., *Too big to fail: the hazards of bank bailouts*, The Brookings Institution, Washington, 2004.

<sup>80</sup> El informe *Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions*, de fecha 4 de noviembre de 2011, elaborado por el *Financial Stability Board* (FSB) -organismo que incluye, entre otros, a los países del G-20 y a la Comisión Europea-, determinó las instituciones financieras con importancia sistémica global (G-SIFIs) -es decir, son *too big to fail*-. La lista de entidades se ha actualizado en años sucesivos y la última actualización se fijó en el informe *2014 Update of List of Global Systemically Important Banks (G-SIBs)* -disponible en [http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r\\_141106b.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_141106b.pdf); consulta agosto 2015-. La misma incluye las siguientes entidades: *HSBC, JP Morgan Chase, Barclays, BNP Paribas, Citigroup, Deutsche Bank, Bank of America, Credit Suisse, Goldman Sachs, Mitsubishi UFJ FG, Morgan Stanley, Royal Bank of Scotland, Agricultural Bank of China, Bank of China, Bank of New York Mellon, BBVA, Groupe BPCE, Group Crédit Agricole, Industrial and Commercial Bank of China Limited, ING Bank, Mizuho FG, Nordea, Santander, Société Générale, Standard Chartered, State Street, Sumitomo Mitsui FG, UBS, Unicredit Group y Wells Fargo*.

<sup>81</sup> Con más detalle y extensión, véase BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ, R. y CABEDO, Y., «La crisis financiera...», ob. cit., pág. 3710.

datos, se elimina el delito de información privilegiada para el mercado de derivados y se eliminan las competencias de regulación, control y supervisión de las dos administraciones responsables de ordenar el mercado (la *SEC* y la *Commodity Futures Trading Commission*)<sup>82</sup>.

Precisamente, esos mecanismos se desarrollaron como instrumentos relativos al reconocimiento y gestión de los riesgos y su eliminación supuso un fracaso en la administración y gestión de los mismos a todos los niveles: «no se percibió que las oportunidades de rentabilidades extraordinarias, y esta es una lógica rotunda, se producen con extraordinarios altos riesgos»<sup>83</sup>.

## 2. Consecuencias del fenómeno

La realidad, representada por la crisis económica y financiera que estamos viviendo en estos momentos, ha demostrado que carece de eficacia esa dualidad normativa consistente en menos control y menos supervisión de los órganos administrativos reguladores, por un lado, y más presencia del Derecho Penal, por otro<sup>84</sup>.

Esta dualidad carece de eficacia porque no ha evitado la crisis. Ni siquiera los supervisores han sido capaces de verla llegar, ni por supuesto de calcular sus dimensiones y, a la vez, no hay, aparentemente, responsabilidades penales que deban ser exigidas<sup>85</sup> -pese a la magnitud de los perjuicios, que han

---

<sup>82</sup> Con más detalle, BALLBÉ, M. y CABEDO, Y., «La necesidad de administraciones...», ob. cit., pág. 5; y MANUELITO, S., CORREIA, F. y JIMÉNEZ, L. F., «La crisis sub-prime...», ob. cit., págs. 17 a 22.

<sup>83</sup> MIROW, M., «Retos a la estrategia empresarial del siglo XXI», *Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, nº 337, mayo de 2011, págs. 2 y 3.

<sup>84</sup> «(...) los diagnósticos de esta crisis financiera no ponen en duda la economía de mercado, sino la política de desregulación del sistema financiero y su descontrol y, claramente, reprochan la conducta de los operadores económicos y de los supervisores, relacionándola con falta de transparencia de la gestión empresarial, con abusos de los administradores, con datos que se han demostrado poco fiables de las agencias de calificación de riesgos, con el déficit de las funciones de los entes reguladores, etc.»; BACIGALUPO, E., «La prevención de riesgos...», ob. cit., págs. 13 y 14.

<sup>85</sup> Decimos «aparentemente» porque es posible plantearse la relevancia que determinados comportamientos pueden tener para el Derecho Penal. En tal sentido, BACIGALUPO cita los «derivados financieros» y su relación con el delito de falsedad de cuentas anuales; los llamados «activos tóxicos», con el delito de estafa; y determinadas operaciones bursátiles, con el delito de uso de información privilegiada; BACIGALUPO, E., «La prevención de riesgos...», ob. cit., pág. 15.

Es especialmente significativo el caso de Islandia, donde se tomó la iniciativa de enjuiciar al ex primer ministro Geir H. Haarde por negligencia grave, dada su gestión de la crisis (con más detalle, véase IÑARRITU, B., «Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea», en *La contribución de la Unión Europea...*, ob. cit., págs. 235 a 254, esp. págs. 238 a 240). El ex primer ministro finalmente resultó absuelto de los tres cargos de negligencia que hacían referencia a no vigilar suficientemente la estabilidad financiera

provocado un fenómeno hasta ahora impensable: la quiebra de los Estados-. Ello con el efecto añadido de que cuando las normas infringidas son las relativas, en general, a la regulación de los mercados y la sociedad es conocedora y consciente de las infracciones de las normas, pero también es consciente de que no se produce la pena como respuesta comunicativa, lo que se produce es la pérdida de la confianza en la vigencia de la norma<sup>86</sup>.

Al respecto, se preconiza un retorno de la regulación y, por supuesto, de la supervisión, como una de las grandes enseñanzas que la crisis ha proporcionado<sup>87</sup>.

En este sentido, la Unión Europea ha llevado a cabo una liberación de sectores económicos, combinada con una re-regulación, que ha dinamizado mercados como el de la energía, las telecomunicaciones o el medio ambiente<sup>88</sup>. Mientras que en EE. UU. se ha producido un retorno hacia la regulación de la actividad bancaria, hipotecaria y del mercado de futuros y derivados con la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, de 21 de julio de 2010<sup>89</sup>.

#### **IV. APLICACIÓN DE LAS NOTAS DEFINITORIAS DE LA REGULACIÓN AL DERECHO PENAL**

Al considerar que el Derecho Penal puede utilizarse como medio de regulación económica, podemos observar que cumple con las notas que antes hemos indicado: i) es de carácter público; ii) recae sobre una realidad económica; iii) tiene un fin determinado; y iv) su naturaleza es imperativa. Las

---

del país, no controlar al sistema bancario islandés y no controlar la garantía de los fondos de procedencia británica depositados en entidades islandesas; y resultó condenado por el cargo de negligencia consistente en no haber informado convenientemente a sus ministros de la situación financiera real del país. Después de estos hechos, ha sido nombrado, en marzo de 2015, embajador de Islandia en EE. UU.

<sup>86</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 6ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 113 y 114.

<sup>87</sup> En palabras de KRUGMAN: «regulate and supervise, then rescue if necessary; there's no way to make this automatic» (<http://krugman.blogs.nytimes.com/2009/06/18/too-big-to-fail-fail/>; consulta noviembre de 2011). Ahora bien, este proceso no se puede concebir como una panacea, en la medida en que es previsible que tenga efectos añadidos: la demanda de «más Estado» va a suponer que la política económica se vuelva a orientar de nuevo, de manera más acentuada, hacia los mercados nacionales; otras consecuencias serán una mayor regularización, un menor crecimiento y, probablemente, también, una menor rentabilidad. En este sentido, MIROW, M., «Retos a la estrategia...», ob. cit., pág. 4.

<sup>88</sup> BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ, R. y CABEDO, Y., «La crisis financiera...», ob. cit., pág. 3710.

<sup>89</sup> Las líneas de esta norma se pueden consultar en BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ, R. y CABEDO, Y., «La crisis financiera...», ob. cit., págs. 3723 a 3728.



dos primeras notas son evidentes y no necesitan de mayor comentario; sin embargo, nos interesa detenernos brevemente en las dos últimas.

## **1. EL DERECHO PENAL SE EMPLEA CON UNA FINALIDAD**

En cuanto a la finalidad con la que se emplea el Derecho Penal en la economía, uno de los ámbitos económicos en los que ha irrumpido con fuerza, y con una práctica unanimidad a nivel mundial, es el de la defensa de la competencia.

En un momento inicial, la defensa de la competencia tenía un ámbito y matiz administrativo; pero actualmente, la materia ha discurrido hacia una protección por medio de tipos penales, que pueden coexistir (y de hecho en nuestro ordenamiento coexisten) con una regulación administrativa sancionadora que persigue determinadas prácticas.

### **1. La tutela administrativa de la competencia**

Hemos indicado que la actividad regulatoria del Estado sobre la economía ha tenido una finalidad, que pretendía legitimarla: subsanar defectos del mercado. Una de las razones que la ha justificado ha sido la presencia de una competencia imperfecta, considerada como una disfunción que debía ser subsanada. Alegando que tal imperfección es contraria al principio de que para que el mercado asigne los recursos de manera eficiente es imprescindible la libre competencia entre las empresas<sup>90</sup>.

La defensa de la competencia se convirtió así en uno de los ámbitos más propicios para la intervención de los poderes públicos en los mercados<sup>91</sup>; y se hace con tal intensidad que se afirma que el Derecho de la Competencia constituye hoy el campo más importante de la regulación pública<sup>92</sup>. Precisamente, porque la libre concurrencia tiende en ocasiones a la distorsión del propio sistema y es entonces cuando el Estado debe intervenir para

---

<sup>90</sup> En sentido crítico con esta idea, se señala que «(...) la suposición tan querida por algunos economistas de que existe un modelo de equilibrio con competencia perfecta lleva a buscar "las imperfecciones" y "fallos" de los mercados y, acto seguido, a proponer las regulaciones económicas y las intervenciones gubernamentales para corregir esos fallos. De hecho, como todos los mercados del mundo real parecen imperfectos desde la perspectiva del ideal de competencia perfecta, las posibilidades para la intervención pública son virtualmente ilimitadas»; DE LA CRUZ FERRER, J., «Causas de la regulación: insuficiencias y fallos del mercado», en *Principios de regulación...*, ob. cit., pág. 10.

<sup>91</sup> Cfr., CASES, L., «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica...*, ob. cit., págs. 425 a 462, *passim*.

<sup>92</sup> DE LA CRUZ FERRER, J., «Causas de la regulación...», ob. cit., pág. 11.

favorecer la igualdad de oportunidades entre los agentes económicos, evitando el peligro de la acumulación de poder, entre otros factores<sup>93</sup>.

Esta finalidad que ha de mover a la regulación estatal ha adquirido rango legal en nuestro ordenamiento. El artículo 10.1 de la LES, establecía, al definir el objeto de la actuación de los Organismos Reguladores, que:

«Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia».

La normativa vigente sobre la cuestión es la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo artículo 5 recoge las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. Concretamente, los números 1 y 2 del citado artículo 5, indican:

«1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.

b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias

---

<sup>93</sup> FABIAN CAPARRÓS, E., «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», en FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinador), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 17 a 20, esp. pág. 19.

que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

c) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

d) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas.

e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.

f) Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.

g) Adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en particular, en el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y en el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.

h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

i) Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos

ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

a) Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

b) Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

d) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente».

## **2. La tutela penal de la competencia: el castigo de la corrupción entre particulares**

### **2.1. En general**

Ahora bien, actualmente, la intervención estatal en materia de defensa de la competencia ya no queda limitada a la regulación administrativa, sino que, además, la casi totalidad de los sistemas penales -ya sean o no de nuestro entorno cultural-, han recogido como delito determinadas conductas que se consideran contrarias o perturbadoras de la misma.

En la escena internacional, se han incrementado las medidas de control sobre la actividad económica al objeto de tutelar un mercado globalizado y cada vez más complejo, lo que ha supuesto una mayor presencia penal en ámbitos tradicionalmente reservados al derecho civil o administrativo -precisamente a través de la tutela de la competencia, que ha sido uno de los pretextos para incidir en el mercado a través de la creación de delitos-. La confluencia de estas

tendencias ha conducido a la aparición de un nuevo modelo de actuación que se proyecta sobre la actividad económica, pública o privada: las reglas del buen gobierno se reivindican indistintamente en el sector público y en el privado y esa equiparación de roles, ha llevado, incluso, a que la prohibición de la venalidad, propia del ámbito público, se adopte como regla ética también en el sector privado<sup>94</sup>.

Ello ha supuesto el castigo penal de las conductas de soborno o de cohecho que se desarrollan en la contratación privada, porque se considera que esas conductas constituyen una forma de corrupción que debe ser atajada, si se quiere contar con un régimen de competencia libre y leal. La creciente desregulación -junto con los escándalos recientes de corrupción y la globalización de los negocios-, son los elementos que han mostrado la necesidad de tomar medidas contra el soborno no sólo en el ámbito público sin también en el privado<sup>95</sup>.

Precisamente, la creación de delitos que persigan la corrupción en las negociaciones particulares es una muestra de la progresiva criminalización de ámbitos de la vida mercantil y empresarial que, tradicionalmente, versaban sobre la nulidad o validez de los actos jurídicos respectivos y estaban sometidos exclusivamente a la responsabilidad civil (no penal)<sup>96</sup>.

La lucha contra la corrupción en todos sus aspectos es objeto de atención por parte de varios textos internacionales, hasta el punto de que se dice que se ha desatado una verdadera «cruzada global» contra la misma<sup>97</sup>. Esta preocupación no es exclusiva del marco europeo, sino que es de ámbito mundial. Teniendo en cuenta que el fenómeno que se pretende atajar no se refiere exclusivamente a la corrupción en el ámbito público, sino a la corrupción entendida como un mal que afecta a gran número de sectores sociales. Así, es objeto de preocupación la corrupción en el ámbito económico (que afecta a materias como la tutela de la libre competencia, el secreto de empresa o el libre desenvolvimiento de los mercados), pero también la corrupción como realidad

---

<sup>94</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)», en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 119 a 137, esp. pág. 120.

<sup>95</sup> CLARK, S., «New solutions to the age-old problem of private-sector bribery», *Minnesota Law Review*, nº 97, junio 2013, págs. 2285 a 2319, esp. pág. 2286.

<sup>96</sup> BACIGALUPO, E., «Sobre seguridad jurídica...», ob. cit., pág. 281.

<sup>97</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *Revista penal*, nº 12, 2003, págs. 61 a 71, esp. pág. 61 y nota nº 1. También publicada, con el título «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (editor), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 323 a 338.

más amplia ligada al mundo de la criminalidad organizada, que tiene manifestaciones no sólo en materia económica sino también en el ámbito político, por ejemplo, en lo referente al desarrollo de procesos electorales<sup>98</sup>.

Hay que insistir en que la corrupción no se contempla exclusivamente desde una perspectiva de defensa de lo público. Para ello se cuenta con tipos penales como el cohecho, la malversación o el tráfico de influencias. La corrupción va más allá de ese ámbito y se pretende perseguir cualquier manifestación de la misma, también en las relaciones estrictamente privadas.

Por ello, la corrupción también se percibe como una realidad que debe ser perseguida y sancionada penalmente, en una materia que se considera estrictamente privada, dadas las cualidades de los sujetos implicados y el objeto de los negocios jurídicos y contratos que suscriben. Como consecuencia de esta preocupación, en el entorno europeo se dictó la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

## **2.2. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: el artículo 286 bis del Código Penal**

Esta evolución y concepción del problema tuvo reflejo en nuestro ordenamiento a través de la reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (que supone la incorporación al mismo de la citada Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003).

La Ley Orgánica modificó, entre otros extremos, la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal. Tal Sección pasó a denominarse «De la corrupción entre particulares» y quedaba encuadrada en el Capítulo que lleva por título «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores».

El artículo 286 bis CP tenía el siguiente tenor:

---

<sup>98</sup> Sobre esta cuestión, véase DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 17, 2006, págs. 81 a 152, esp. págs. 84 y 85; y DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, nº 6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 151 a 182, esp. pág. 152.

«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.»

Este precepto supuso, como ya hemos indicado, la incorporación a nuestro ordenamiento del delito de «cohecho o corrupción entre particulares», también conocido como el delito de «corrupción en el sector privado» o «corrupción privada». De tal modo que recogía tres modalidades típicas:

1) Corrupción privada activa (número 1). Consistente en prometer o conceder a otro una dádiva o ventaja para que haga u omita hacer algo.

2) Corrupción privada pasiva (número 2). Consistente en solicitar o recibir de otro una dádiva o ventaja para que el receptor haga u omita hacer algo.

3) Una modalidad atenuada (número 3) aplicable a los dos supuestos anteriores, en virtud de criterios como la cuantía de la dádiva o la importancia de las funciones del receptor del soborno.

Además, la reforma introdujo en nuestro ordenamiento un tipo penal específico relativo a la corrupción en el deporte (número 4).

Por tanto, el artículo 286 bis CP definió como delito los supuestos en los que un particular recibe o solicita una dádiva o ventaja (es decir, solicita un soborno o es sobornado), para que tome una decisión comercial o mercantil que favorece a quien le entrega tal ventaja o a un tercero. Según el Preámbulo de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la inclusión de este delito era procedente porque:

«(...) la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas, de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho».

Así como:

«(p)orque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado».

Debemos insistir en que se trata de conductas que se desarrollan en el ámbito estrictamente privado, de manera que no hay relación subjetiva ni objetiva con la «causa pública». Ello supone que ninguno de los implicados reúne la condición de funcionario público ni guarda o administra fondos públicos. En consecuencia, la perspectiva es completamente distinta a los fundamentos de los delitos de cohecho o malversación en nuestro Derecho, que se basan en un elemento nuclear: la presencia de un funcionario público o de un caudal público.

**2.3. La reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: los artículos 286 bis a 286 quáter del Código Penal**



El delito de corrupción privada ha sido objeto de reforma por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De tal modo que se modifica la rúbrica de la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «Delitos de corrupción en los negocios» y que comprende los artículos 286 bis a 286 quáter.

En dicha Sección, indica el Preámbulo de la reforma (apartado XVIII), se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero). La justificación de la reforma es la siguiente:

«Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable en los casos de especial trascendencia y, en el caso del cohecho, la remisión a la nueva definición funcional de funcionario público introducida en el nuevo artículo 427».

En consecuencia, el art. 286 bis CP sigue recogiendo los tipos básico y atenuado del delito de corrupción privada (y de corrupción en el deporte<sup>99</sup>). El mismo indica:

---

<sup>99</sup>Nótese que tanto la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, como la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, recogen una concepción de la corrupción en el deporte diseñada para castigar la «compraventa de partidos». Pero la corrupción en el ámbito deportivo excede de esa concreta actividad, hasta el punto de que considera que las actividades corruptas en general son una amenaza para el deporte en la moderna sociedad europea, junto con la presión comercial, la explotación de los jóvenes jugadores, el dopaje, el racismo, la violencia o el blanqueo de dinero.

«1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

---

En tal sentido, se pronuncia el *Libro Blanco sobre el deporte*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11 de julio de 2007 (disponible en [ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/wp\\_on\\_sport\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/wp_on_sport_es.pdf); consulta noviembre de 2011), pág. 2. Sobre la regulación de la cuestión a nivel europeo, CHIAROMONTE, C., «Criminal Law in European Countries. Combating Manipulation of Sports Results–Match-fixing», *eu crim, The European criminal law associations' forum*, 2012/1, págs. 30 a 33.

Sobre esta segunda dimensión de la corrupción, en relación con la actividad deportiva en general (no con la «compraventa de partidos» en concreto), hay algunos aspectos interesantes que se interrelacionan con diversos extremos del delito de corrupción privada. En particular, se trata de la adquisición de derechos sobre jugadores, la esponsorización deportiva y las invitaciones y atenciones de hospitalidad en el ámbito deportivo.

Precisamente, en relación con la adquisición de derechos sobre jugadores cabe citar una de las resoluciones judiciales que se conocen en relación con el artículo 286 bis CP: el Auto de fecha 17 de junio de 2015, dictado el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la A. Nacional (D. Previas 62/2015), por el que se admite a trámite la querella presentada contra, entre otros, el F. C. Barcelona y Neymar Da Silva Santos Jr. En ella, se imputa la comisión de un delito de corrupción privada en la adquisición de los derechos por parte del club indicado sobre el citado jugador.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297».

A continuación, la reforma introduce un nuevo artículo 286 ter, referido al soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, con el siguiente contenido:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427».

La introducción de este delito en la Sección 4ª supone la modificación del art. 445 CP, que hasta la reforma recogía el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales<sup>100</sup>.

Otra novedad de la reforma es la incorporación del art. 286 quáter CP, que recoge tipos agravados, con el siguiente tenor:

«Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o

---

<sup>100</sup> El art. 445 CP, tras la reforma de 2015, indica: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados». Se refiere a los delitos contra la Administración pública, recogidos en el Título XIX del Libro II.

b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional».

## **2. EL DERECHO PENAL, EL CARÁCTER IMPERATIVO Y LA AUTORREGULACIÓN**

La regulación, en general, tiene carácter imperativo, aunque ese carácter no impide el recurso a instrumentos de autorregulación regulada. Puede suceder que el Derecho Penal incida en ámbitos de actividad donde confluya con instrumentos de autorregulación.

En este sentido, en las últimas décadas se han fomentado políticas de autorregulación dentro de las corporaciones, mediante la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico, en especial el Derecho administrativo y el Derecho societario, si bien con estas políticas se busca controlar el poder corporativo, reforzando en último término, esta autorregulación, con el recurso al Derecho penal<sup>101</sup>. Esta autorregulación, en la que se incluyen mecanismos internos de prevención, de denuncia, de investigación y de control ocupa un espacio cada vez más extendido en las estrategias anticorrupción, como plasmación del compromiso de entidades y empresas en la prevención, detección y denuncia de los comportamientos delictivos<sup>102</sup>.

Actualmente, a nuestro juicio, estas formas de autorregulación han sido superadas en intensidad por el propio Derecho Penal porque la impone en determinados ámbitos<sup>103</sup>. Nos estamos refiriendo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento<sup>104</sup>, a causa de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (materia que también ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

---

<sup>101</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, págs. 1 a 26, esp. pág. 8.

<sup>102</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante el Derecho y la justicia», *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 de enero de 2014 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1388929330DELACUESTA\\_2014a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1388929330DELACUESTA_2014a.pdf); consulta marzo de 2014), pág. 13.

<sup>103</sup> SIEBER, U., «Los programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica» (traducción de Manuel A. Abanto Vázquez, del original «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität», en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colonia, 2008, págs. 449 a 484), en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 64 a 109, esp. pág. 102.

<sup>104</sup> Cfr., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante el Derecho...», ob. cit., pág. 13.

La existencia de un programa interno de autorregulación (programa de *compliance*) puede suponer hasta la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP, en su redacción tras la reforma de 2015). Si retomamos la clasificación de BLACK, ya no cabe hablar de una autorregulación sin intervención estatal (*voluntary self-regulation*), ni de una amenaza de imposición estatal de autorregulación (*coerced self-regulation*), tampoco de una aprobación de la misma por el poder público (*sanctioned self-regulation*) ni de un colectivo requerido o designado por el poder público para formular y hacer cumplir normas (*mandated self-regulation*). Sino que la exigencia de programas de *compliance* supone un grado superior en intensidad de autorregulación regulada: el Derecho Penal amenaza a las personas jurídicas con una sanción penal, para el caso de que no cuente con el citado programa, cuyas líneas generales se diseñan, ahora en el art. 31 bis CP, por el propio legislador.

En nuestra opinión, esta forma de actuar no es un mero estímulo a la autorregulación<sup>105</sup>, sino que trata de una autorregulación pautada por el poder público porque, aunque su desarrollo es autónomo por parte de las personas jurídicas, el Estado se reserva y «amenaza» con la posibilidad de exigir una responsabilidad penal, para el caso de que la autorregulación no exista o no haya sido eficaz en cuanto a impedir la comisión de delitos.

Como indica ALLDRIDGE<sup>106</sup>, el cambio que sustenta la introducción de una responsabilidad penal de la persona jurídica, de la que puede verse exonerada mediante la acreditación de que cuenta con procedimientos de autorregulación adecuados para la prevención del delito, responde a una transferencia de responsabilidades. Se produce un desplazamiento de las cargas que son propias del poder público a los entes empresariales, en la medida en que éstos están en contacto permanente con aquellas personas (sus empleados y directivos) cuyos actos pueden generar la responsabilidad penal del ente. Ello producirá el efecto positivo siguiente: las empresas introducirán programas de cumplimiento y de gobierno corporativo para controlarlas, y ello tendrá un impacto significativo sobre la tasa de infracciones cometidas. En definitiva, se traslada la función de prevención del delito a las empresas, dada su «mejor posición» y la complejidad de la tarea, y a cambio se les «premia» con la

---

<sup>105</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MIRÓ LLINARES, F. (Directores), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 139 a 182, esp. pág. 180.

<sup>106</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA"», *Ohio State Law Journal*, vol. 73, nº 5, 2012, págs. 1181 a 1216, esp. págs. 1209 y 1210.

posibilidad de atenuar o evitar su responsabilidad penal, en el caso de que llegue a cometerse un delito en su seno<sup>107</sup>.

Esta idea y sus implicaciones en relación con el delito de corrupción privada se desarrollarán en la parte de este trabajo dedicada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>107</sup> Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «Capítulo Cuarto. Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 81 a 125, esp. 107.

## **CAPÍTULO SEGUNDO. LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES: NECESIDAD O EXCESO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

En este capítulo, en primer lugar, se ha de determinar en qué consiste lo que se conoce como corrupción entre particulares, corrupción privada o «soborno comercial»<sup>108</sup> (esta última denominación es propia del ámbito de los países del *common law*). A continuación, nos centraremos en la cuestión polémica de si cabe o no la persecución penal de la corrupción entre particulares, en la medida en que por amplios sectores jurídicos, económicos y políticos se considera que es una realidad que no debería ser objeto de reproche penal.

### **II. RASGOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES**

#### **1. DEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES**

Históricamente, las ciencias sociales y las legislaciones han centrado su atención sobre la corrupción como fenómeno ligado al ámbito de lo público.

Así ocurre, con carácter general entre los economistas, de manera que tal expresión de la corrupción es la que ha sido objeto de su definición y estudio. Se puede decir que existe un consenso sobre que la misma se refiere a actos en los que el poder de un cargo público se usa para un beneficio personal de una manera indebida<sup>109</sup>. Por lo que es posible afirmar que la mayoría de los economistas limitan su definición de corrupción a la esfera pública<sup>110</sup>.

Esta perspectiva no sólo es propia de los economistas, sino también de las ciencias políticas -e incluso está presente en las definiciones gramaticales del

---

<sup>108</sup> Sobre el matiz peyorativo que, para algunos autores, encierra esta denominación, véase JOHNSEN, B., «The Ethics of "Commercial Bribery": Integrative Social Contract Theory Meets Transaction Cost Economics», *Journal of Business Ethics*, vol. 88, nº 4, octubre 2009, págs. 791 a 803, esp. pág. 796.

<sup>109</sup> JAIN, A. K., «Corruption: a review», *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, nº 1, febrero 2001, págs. 71 a 121, esp. pág. 73; y AIDT, T. S., «Economic analysis of corruption: a survey», *The Economic Journal*, vol. 113, nº 491, noviembre 2003, págs. F632-F652 (disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.0013-0133.2003.00171.x/pdf>; consulta noviembre de 2013), esp. pág. F623.

<sup>110</sup> Cfr., con más detalle, HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective», *Journal of Economic Issues*, vol. 41, nº 4, 2007, págs. 1043 a 1062, esp. págs. 1044 a 1046.



término corrupción-<sup>111</sup>. La idea de que la corrupción es «la desviación o el mal uso de un rol o cargo público para obtener un beneficio privado», está presente en las definiciones y estudios de autores como HUNTINGTON<sup>112</sup>, NYE<sup>113</sup>, GARDINER<sup>114</sup>, KAUFFMANN<sup>115</sup> o ROSE-ACKERMAN<sup>116</sup>, entre otros.

Además, en nuestro Derecho y en el Derecho continental europeo, la corrupción se identificaba con los actos de soborno –cohecho en la terminología de nuestro Código Penal-, consistentes en el intercambio de una acción u omisión por una ventaja indebida (*quid pro quo*), producido de manera irregular en el marco de una entidad de carácter público.

Pero el término corrupción hace tiempo que rompió los límites de los abusos de poder o irregularidades cometidos en un proceso de decisión (político o administrativo) a cambio de la obtención de una ventaja indebida, para alcanzar toda forma de aprovechamiento de una posición de poder, en general para fines ilegítimos, normalmente de carácter privado<sup>117</sup>. Es decir, ha desbordado los límites de lo público para extenderse también a la esfera de lo privado; de modo que corrupto será el agente que haga uso de su poder o facultad para una finalidad distinta de la legítima, movido por el ánimo de lograr una ventaja personal<sup>118</sup>.

---

<sup>111</sup> El *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, contiene como acepción de corrupción la siguiente: «En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores»; por lo que pone especial énfasis en la relación entre corrupción y esfera pública. Por otra parte, *Oxford English Dictionary* define la corrupción como «perversion or destruction of integrity in the discharge of public duties by bribery and favor»; nuevamente se hace constar la necesaria presencia de un deber público que se vulnera mediante el acto de corrupción.

<sup>112</sup> HUNTINGTON, S. P., *Political order in changing societies*, New Haven, Yale University Press, 1968, pág. 59 («corruption is behavior of public officials which deviates from accepted norms in order to serve private ends»).

<sup>113</sup> NYE, J. S., «Corruption and political development: a cost-benefit analysis», *American Political Science Review*, vol. 61, nº 2, 1967, págs. 417 a 427, esp. pág. 419. La definición que aporta es «corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private regard».

<sup>114</sup> GARDINER, J. A., «Defining corruption», *Corruption and reform*, vol. 7, nº 2, 1993, págs. 111 a 124, esp. pág. 112.

<sup>115</sup> KAUFFMANN, D., «Corruption: the facts», *Foreign Policy*, vol. 107, nº 1, 1997, págs. 114 a 131, esp. pág. 114 («the abuse of public office for private gain»). En sentido similar al citado, SANDHOLTZ, W. y KOETZLE, W., «Accounting for corruption: economic structure, democracy, and trade», *International Studies Quarterly*, nº 44, 2000, págs. 31 a 50, esp. pág. 31; y WARREN, M. E., «What does corruption mean in a democracy?», *American Journal of Political Science*, vol. 48, nº 2, abril 2004, págs. 328 a 343, esp. pág. 329.

<sup>116</sup> ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España, Madrid, 2001 (traducción de Alfonso Colodrón Gómez), pág. 124; y también ROSE-ACKERMAN, S., «Corruption and government», *International Peacekeeping*, vol. 15, nº 3, junio 2008, págs. 328 a 343, esp. pág. 330.

<sup>117</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante el Derecho...», ob. cit., pág. 4.

<sup>118</sup> FABIAN CAPARRÓS, E., «La corrupción política...», ob. cit., pág. 17.

Ello supone que, más que restringir el concepto de corrupción a la «corrupción pública», hay que ampliarlo para hablar de una «corrupción organizacional», que se puede definir de la siguiente manera<sup>119</sup>:

«la corrupción organizacional involucra, como mínimo, a dos agentes, X e Y, donde al menos Y desempeña un rol determinado que es adscrito a una organización específica. Este rol organizacional obliga a Y a seguir un conjunto de reglas éticas establecidas, algunas de las cuales son coherentes con los objetivos de la organización. X emprende conscientemente una acción planeada deliberadamente para persuadir a Y de que viole uno de esos objetivos coherentes con las reglas éticas, de las que X e Y son conscientes. Aunque tiene la opción de actuar de otra manera, Y viola esta regla de acuerdo con los deseos de X».

En este caso, si el acto involucra a una sola persona no hay corrupción organizacional, porque esta incluye la colusión y la violación de las reglas organizacionales<sup>120</sup>.

En definitiva, la corrupción amplía su sentido y se perfila como la violación de un deber posicional (quien se corrompe transgrede las reglas del cargo que ostenta o las funciones que cumple), en el marco de un sistema normativo de referencia (que puede definirse como el conjunto de reglas que en cada caso en concreto regulan una conducta social) y mediante un acto vinculado a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional. Desde esta perspectiva, el concepto de corrupción se formula como toda violación por parte de un individuo -dotado de poderes de decisión (ya sea en el ámbito público o en otros, como por ejemplo, el ámbito privado de las relaciones comerciales)- de las reglas que rigen su actividad, con el objetivo de procurar para sí mismo o para un tercero una ventaja de cualquier índole<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption... », ob. cit., pág. 1053.

<sup>120</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption... », ob. cit., pág. 1053.

<sup>121</sup> Con más detalle, GARZÓN VALDÉS, E., «Acerca del concepto de corrupción», *Claves de Razón Práctica*, nº 56, 1995, págs. 26 y ss.; CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado», *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 9, 2009, págs. 145 a 172, esp. págs. 151 y 152; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio», en *La nueva regulación de la corrupción, Cuadernos Digitales de Formación*, 1/2012, CGPJ, págs. 3 y 4; NAVARRO CARDOSO, F., «Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014, págs. 101 a 142, esp. págs. 102 y 103.

Si tanto el sector público como el privado están compuestos por organizaciones formales, un acto es corrupto si un miembro de una organización utiliza su posición, su derecho a tomar decisiones, su acceso a la información o algún otro de los recursos de la organización, en beneficio de un tercero y, por lo tanto, recibe dinero u otro valor económico, bienes o servicios que o bien son ilegales o bien van en contra de los propios objetivos o normas de la organización; pero, en la definición de corrupción no importa si esa organización es privada o pública<sup>122</sup>.

En esta definición de la corrupción se incluye la corrupción en el ámbito privado, aquella que sucede en el seno de organizaciones comerciales o mercantiles. En un sentido amplio, esta corrupción ocurre cuando un directivo o empleado tiene un poder o influencia en el ejercicio de una función, tarea o responsabilidad dentro de una organización o empresa privada, lo que le confiere una discrecionalidad en su actuación y actúa de forma contraria a los deberes y responsabilidades de su cargo o función; y, por tanto, con daño directo o indirecto para la empresa u organización y en beneficio propio o de otra persona, empresa o entidad<sup>123</sup>. Conforme con lo dicho, la corrupción en el ámbito privado abarcaría conductas muy variadas y con distinta significación penal: la administración desleal, el descubrimiento y revelación de secretos, la corrupción privada o «soborno comercial» propiamente dicho, etc. En todos estos casos, hay un ejercicio de una función dentro de la empresa, de forma contraria a los deberes que incumben al sujeto que la ejerce y con beneficio propio o de tercero y un posible perjuicio para la entidad.

Por ello, es preciso restringir más su ámbito, para ir desde cualquier manifestación de corrupción en el ámbito privado hacia la conocida como corrupción entre particulares, corrupción privada o «soborno comercial». En el núcleo de esta conducta nos encontramos con los elementos generales siguientes: una persona que desarrolla su labor en el seno de una empresa o entidad (sin que pueda descartarse que se trate del propio titular de la misma) acepta o solicita un pago de dinero u otro tipo de favor, a cambio de realizar operaciones, usualmente comerciales o mercantiles, que no necesariamente favorecen los intereses de la citada entidad<sup>124</sup>. Es decir, consiste en el pago,

---

<sup>122</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private-to-private corruption», *NUPI*, nº 635, diciembre 2002, pág. 3.

<sup>123</sup> ARGANDOÑA A., «Private-to-Private Corruption», *IESE Business School Working Paper*, nº 531, pág. 4. En igual sentido, CLARK, S., «New solutions to the age-old problem of private-sector bribery», *Minnesota Law Review*, nº 97, junio 2013, págs. 2285 a 2319, esp. pág. 2289.

<sup>124</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain: private-to-private and private-to-public corruption», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, Transparency International y Cambridge University Press, 2009, págs. 19 a 23, esp. pág. 20; ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 4.

ofrecimiento o solicitud de un beneficio, para inducir al receptor a proporcionar una ventaja comercial desleal a quien realiza el pago u ofrecimiento<sup>125</sup>.

Esta práctica se trasluce en transacciones comerciales en las que una empresa realiza pagos (normalmente en secreto) a un directivo, agente o empleado de otra empresa para beneficio personal del mismo y éste, a su vez, dirige los negocios en favor de la compañía que soborna con exclusión de otras entidades; lo que, generalmente, concluye con la obtención de un contrato comercial por parte de la entidad que soborna al directivo, agente o empleado<sup>126</sup>.

Desde la misma creación de la empresa y en todo el proceso productivo posterior, existe un riesgo de que se lleve a efecto un hecho de corrupción como el descrito anteriormente. Así, a modo de ejemplo, podemos citar los siguientes supuestos:

1) El proceso de contratación de empleados puede verse afectado por la corrupción de quienes seleccionan al personal, que pueden solicitar o aceptar de los candidatos el pago de comisiones ilícitas para conseguir el empleo<sup>127</sup>.

2) Para obtener financiación se puede sobornar al empleado de un banco, para que conceda un préstamo a la empresa en condiciones favorables<sup>128</sup>.

3) Los gerentes que manejan presupuestos para el suministro o la contratación externa son vulnerables a la corrupción, pues pueden verse tentados a seleccionar a los proveedores en función de su aceptación a pagar sobornos y no por criterios de calidad y coste de los productos<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery: what GCs should know about the Achilles heel of anti-bribery law», *Client Alert Pillsbury*, 9 de marzo de 2012 (disponible en [http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/CorporateInvestigationsWhiteCollarDefenseAlertComplianceProgramOverlookCommericalBribery030912\\_final.pdf](http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/CorporateInvestigationsWhiteCollarDefenseAlertComplianceProgramOverlookCommericalBribery030912_final.pdf); consulta septiembre de 2013), pág. 2.

<sup>126</sup> BOLES, J., «Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform», en *American Business Law Journal*, vol. 51, nº 1, primavera 2014, págs. 119 a 174, esp. pág. 120.

<sup>127</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., págs. 20 y 21.

<sup>128</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 8.

<sup>129</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 21.

4) Se puede incentivar indebidamente a los clientes, tanto para conseguir un pedido concreto como para conseguir una disposición favorable a realizar pedidos en un futuro<sup>130</sup>.

5) Se puede incentivar indebidamente a los directivos o empleados de una entidad con el fin de obtener una distribución, licencia o franquicia<sup>131</sup>.

6) Se puede incentivar indebidamente a los distribuidores para que los propios productos se coloquen en los espacios privilegiados o preferentes de sus establecimientos<sup>132</sup>.

7) Se pueden hacer pagos indebidos a profesionales que tienen unas obligaciones específicas -como contables, auditores o analistas financieros-, para que actúen vulnerando esas obligaciones<sup>133</sup>.

8) Cuando en el comercio internacional las empresas privadas compiten a través de un proceso de licitación, en ámbitos como la construcción, el diseño o la ingeniería, estos procesos de licitación son susceptibles de alteración a través de sobornos<sup>134</sup>.

9) Incluso si la empresa decide efectuar un proceso de licitación competitivo, los proveedores pueden ofrecer sobornos a cambio de obtener información confidencial sobre las ofertas de otros competidores<sup>135</sup> (la práctica de sobornar para obtener información sobre otras ofertas se conoce como *uplift*<sup>136</sup>).

## **2. INTERESES IMPLICADOS EN LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES**

En general, se parte de la idea de que en los actos de corrupción privada hay un riesgo de perjuicio para la empresa, dado que una de las partes de la transacción se ve inclinada a favorecer a un proveedor o prestador de servicios inferior, a contratar a un empleado menos cualificado o a no cumplir la diligencia debida en la prestación del servicio<sup>137</sup>.

---

<sup>130</sup> Cfr. ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 5.

<sup>131</sup> Cfr. ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., págs. 5 y 6.

<sup>132</sup> Cfr. ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 6.

<sup>133</sup> Cfr. ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 6.

<sup>134</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 6.

<sup>135</sup> ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 6.

<sup>136</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 7. Literalmente, significa levantar, esto es «levantar» una oferta contraria porque se conoce su contenido.

<sup>137</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 22.

Posiblemente, el supuesto más común en este ámbito -de creación de un perjuicio para la empresa- es el de la acción conocida como *kickback*, que SCHÜNEMANN define como la conducta que<sup>138</sup>:

«consiste (...) en que el representante, a la hora de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la contraparte que ésta le entregue en privado una parte del dinero que tendrá que abonar su principal, normalmente en efectivo o a través de una sociedad fantasma extranjera».

Sería lo que conocemos como pago de una «comisión». BOLES propone el siguiente ejemplo<sup>139</sup>: un hospital contrata a un gerente para comprar equipos médicos y le autoriza directamente a adquirir los bienes necesarios. Se precisa la compra de 100 monitores médicos, y el gerente se entera de que uno de estos monitores se vende por 2.000 dólares en el mercado local. En lugar de comprar los monitores al precio más bajo posible, el gerente llega a un acuerdo con un proveedor, por el que hospital comprará 100 monitores a 5.000 dólares cada uno y, a cambio, el proveedor le dará al gerente un soborno de 200.000 dólares. De conformidad con este acuerdo, el gerente desecha las ofertas de cualquier otro proveedor de monitores médicos.

Por otra parte, el acto de corrupción suele suponer un incumplimiento de las obligaciones inherentes a la posición empresarial del sujeto.

Por tanto, las circunstancias que inicialmente cabe valorar en relación con la corrupción son dos: el perjuicio para la entidad y el incumplimiento de obligaciones por parte de la persona que comete el hecho. Ahora bien, estos no son los únicos elementos a tener en cuenta, porque puede suceder que el acto de corrupción no persiga un beneficio propio o de tercero ni produzca un perjuicio para la sociedad, sino que, incluso, puede darse el caso en que con dicho acto se genere un beneficio para la misma. Así como es factible que la persona no actúe incumpliendo sus obligaciones: por ejemplo, si aquello que se pretende conseguir mediante el acto de corrupción es algo a lo que se tiene derecho (pensemos en el caso en el que las condiciones ofrecidas por el competidor que hace el pago indebido son iguales o mejores que las del resto de competidores);

---

<sup>138</sup> SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de administración desleal» (traducción de Carlos Gómez Jara Díez w del original «Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes», publicado en *NStZ*, 2006, págs. 196 a 203), en JAKOBS, G., SCHÜNEMANN, B. y GÓMEZ JARA DÍEZ, C., *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 123 a 148, esp. pág. 136.

<sup>139</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 119.

o cuando el sujeto integrado en la empresa actúa con el conocimiento y consentimiento de su superior o empleador.

Sin embargo, en todas estas situaciones, el acto puede ser concebido como lesivo de la competencia leal en el mercado. Los actos de corrupción privada no deben abordarse exclusivamente desde la perspectiva interna de la empresa -a la luz de las variables cumplimiento/incumplimiento de deberes de la posición que se ocupa y beneficio propio o de tercero/perjuicio para la entidad-; sino también desde una perspectiva externa o más amplia, referida a qué efectos tienen tales actos para el conjunto del mercado y el resto de competidores. Un acto de corrupción que no genere beneficio para el interesado ni un perjuicio para la empresa para la que presta sus servicios puede ser perjudicial para el resto de competidores, que se ven excluidos de una operación comercial o incluso se ven abocados a desaparecer del mercado por su imposibilidad para competir en tales condiciones.

Es el caso, por ejemplo, de lo sucedido con la compañía fabricante de vehículos Honda. En EE. UU., varios gerentes de Honda adjudicaron nuevos contratos, desde fines de la década de 1970 hasta 1992, a los concesionarios de automóviles potenciales que accedieron a pagar sobornos. Algunos concesionarios de Honda afirmaron que no pudieron conseguir los automóviles que necesitaban porque se habían negado a pagar sobornos a Honda. Entre ellos, una pareja de Pennsylvania que afirmó haber perdido su concesión por no pagar sobornos<sup>140</sup>. Estos hechos dieron lugar a la sentencia *United States v. Joselyn*<sup>141</sup>.

A este enfoque de necesidad de protección de la competencia, no es ajeno ni el propio FRIEDMAN, quien mantiene que la responsabilidad social de las empresas es incrementar sus beneficios. Indica que sólo hay una responsabilidad social de las empresas: utilizar sus recursos y participar en actividades diseñadas para incrementar sus beneficios; pero, a continuación, añade «siempre y cuando se mantenga dentro de las reglas del juego, es decir, participe en una competencia abierta y libre, sin engaño o fraude»<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Con más detalle, véase HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 20. También JOHNSEN, B., «The Ethics of "Commercial Bribery" ...», ob. cit., *passim*; quien considera que desde el punto de vista económico, el sistema de pagos por parte de los concesionarios de Honda fue eficiente y, por tanto, no cabe conferir a este supuesto la etiqueta de «soborno comercial».

<sup>141</sup> 99 F.3d 1182 (disponible en <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/099/99.F3d.1182.95-2147.95-2146.html>).

<sup>142</sup> Véase FRIEDMAN, M., «The social responsibility of business is to increase its profits», *New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970 (también disponible en GHILLYER, A., *Business Ethics Now*, 3ª ed., McGraw-Hill, New York, 2012, págs. 211 a 214, esp. pág. 214).

Como antes indicábamos, también es posible que en un acto de esta naturaleza todos los implicados obtengan un beneficio. Pensemos en el caso en el que una empresa obtiene, a través de un soborno a un proveedor comercial, un producto o servicio de mejor calidad y menor precio que los ofrecidos por otros; lo que redundará, a su vez, en beneficio de la entidad proveedora, que verá aumentados sus ingresos.

Este es un acto en el que todos los que participan pueden ganar; pero no por ello deja de ser un acto de corrupción, por las siguientes razones.

Primero porque, pese a que el proceso de toma de decisión no ha concluido necesariamente con una decisión perjudicial y ha dado lugar a algo que también se hubiera hecho de no existir el soborno, no podemos olvidar que ese proceso «ha quedado corrompido en sí mismo por el soborno»<sup>143</sup>. El proceso ya es en sí corrupto y la decisión que surja del mismo también lo es, pese a que sea beneficiosa para los directamente interesados en ella. El acto corrupto no lo es por su resultado (perjudicial o beneficioso, eso es indiferente); el acto es corrupto porque es fruto de un mecanismo de decisión afectado por la corrupción.

En segundo lugar, porque los perjudicados pueden serlo aquellos que estén fuera de la relación comercial o mercantil; y además, siguen estando presentes dos elementos propios de la corrupción: persiste la vulneración de una norma (en algunos ordenamientos sólo ética y en otros además legal) y hay un abuso de poder (entendido como el uso deshonesto de una posición determinada)<sup>144</sup>.

Por tanto, en la corrupción en el sector privado confluyen diversas facetas e intereses dignos de protección: la lealtad hacia el propietario de la empresa o el empleador, la protección del patrimonio de la empresa, la defensa de los consumidores y de la competencia del mercado.

A partir de estos elementos las distintas legislaciones han ido contemplando el fenómeno de la corrupción privada como infracción penal. Si bien es difícil encontrar un modelo de incriminación penal que responda,

---

<sup>143</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery: should they be distinguished?», en HORDER, J. y ALLDRIDGE, P. (Editores), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, págs. 39 a 65, esp. pág. 54

<sup>144</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial», *Cuadernos de la Cátedra "La Caixa" de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, nº 4, julio 2009, pág. 8.



actualmente, de manera exclusiva, a una sola de las facetas o intereses descritos, dado que estos se combinan al momento de definir los tipos penales.

### **III. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA PERSECUCIÓN PENAL**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Amplios sectores jurídicos, económicos y políticos entienden que la corrupción entre particulares es una realidad que no debería ser objeto de reproche penal. Para llegar a esta conclusión, se tienen en cuenta ideas como las siguientes: i) la llamada corrupción entre particulares no es más que una «forma de hacer negocios»; ii) no es necesario criminalizar estas conductas porque el sector privado se puede defender, por sí solo, de las mismas; iii) si se castiga este tipo de corrupción, se equipara indebidamente la corrupción privada con la pública; y iv) ante la escasa relevancia mediática y social de este tipo de corrupción, no debe ser objeto del Derecho Penal.

#### **2. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LOS NEGOCIOS**

Como ya hemos indicado, en economía y en las ciencias políticas, gran parte de la literatura acerca de la corrupción versa sobre el sector público, bien porque se define la corrupción en términos que la restrinjan explícitamente a dicho sector<sup>145</sup>, o bien porque, aunque se admita una definición más amplia, se dirige la investigación hacia la corrupción en la esfera pública<sup>146</sup>, dando mayor relevancia a los estudios e investigaciones en dicho ámbito<sup>147</sup>.

Ello se debe a las concepciones inherentes a las ciencias sociales reseñadas. En el caso de los politólogos, pueden aducir que su objetivo es estudiar las instituciones de tal carácter; esto es, las instituciones públicas y colectivas y en relación con ellas las disfunciones que las afecten (entre ellas, la corrupción). En el caso de los economistas, tiene gran peso la concepción individualista, según la cual existe el principio general siguiente: los acuerdos económicos voluntarios entre adultos son morales y legítimos, siempre que no hagan daño a otros. Si ello es así, resulta que la lógica de criminalizar el soborno entre entidades comerciales es cuestionada, porque es inherente a la naturaleza de las relaciones comerciales que todos sus extremos son susceptibles de

---

<sup>145</sup> La cuestión no es puramente semántica, porque la definición de corrupción termina determinando lo que se estudia y mide; JAIN, A. K., «Corruption: a...», ob. cit., pág. 73.

<sup>146</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption...», ob. cit., pág. 1046.

<sup>147</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 7.

negociación<sup>148</sup>. Es decir, se entiende que la corrupción privada es un comportamiento poco ético, pero tolerable porque se realiza en pro de la entidad para la que se prestan servicios (se soborna para conseguir oportunidades de negocio entre personas privadas)<sup>149</sup>.

Partiendo de estas premisas, el soborno y otras formas de corrupción en la esfera privada generan beneficios potenciales y son expresiones de la actividad empresarial, por lo que no deben ser sancionadas penalmente<sup>150</sup>.

### 3. LA AUTOPROTECCIÓN DEL SECTOR PRIVADO

En segundo lugar, se esgrimen razones de eficacia, por las cuales la corrupción privada no prolifera tanto como la pública. Estas razones parten de la idea de que el sector privado de la economía es más eficiente en la defensa de sus intereses que el sector público<sup>151</sup>. Lo que supone que:

1) Las situaciones de corrupción privada se darán con menos frecuencia, dado que quien debe tomar decisiones en el seno de una empresa adoptará medidas para evitar que se lleven a cabo acciones que perjudiquen a la misma<sup>152</sup>. En el ámbito público se difumina la noción de perjuicio a la «cosa pública», pero en el ámbito empresarial y comercial está presente, ante todo, la defensa del propio interés patrimonial, que puede verse dañado por la corrupción.

---

<sup>148</sup> Cfr. Mc INERNEY, T. F., «The regulation of bribery in the United States», *Revue internationale de droit pénal*, 2002/1, vol. 73, págs. 81 a 107, esp. pág. 104.

<sup>149</sup> Sobre esta forma de razonar, véase SHU, X., «Contagion Effect of Unethical Pro-Organizational Behavior among Members within Organization», *Metallurgical and Mining Industry Journal*, nº 5, 2015, págs. 235 a 242, *passim*.

<sup>150</sup> Incluso, algunos autores no sólo atribuyen efectos beneficiosos a la corrupción privada, sino también a la que se desarrolla en el ámbito público, en la medida en que la corrupción permite superar las barreras de la burocracia, mediante la incentivación a los funcionarios. En este sentido, HUNTINGTON sostiene la polémica y muy debatida tesis de que, para el crecimiento económico, lo único peor que una sociedad con una burocracia rígida, muy centralizada y deshonestas es una sociedad con una burocracia rígida, muy centralizada y honesta. Así, entiende que la corrupción «engrasa las ruedas» del comercio, permitiendo que los empresarios y las empresas se dediquen a sus actividades sin ser totalmente sofocados por los efectos de la burocracia (HUNTINGTON, S. P., *Political order...*, ob. cit., pág. 368). Sobre esta tesis, véanse las interesantes ideas, en contra de la misma, que se exponen en KAUFMANN, D. y WEI, S. J., «Does "Grease Money" speed up the wheels of commerce?», *NBER Working Paper*, nº 7093, abril 1999 (disponible en <http://www.nber.org/papers/w7093>; consulta noviembre de 2013).

Desde esta perspectiva, la corrupción permite obtener recompensas informales por parte de funcionarios con bajos ingresos y tiene, en muchas ocasiones, la capacidad de aligerar la aplicación de normas demasiado estrictas (con más detalle, CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción...», ob. cit., págs. 149 y ss.).

<sup>151</sup> ARGANDOÑA, A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 1.

<sup>152</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 3.

2) Si la decisión adoptada en virtud de un acto de corrupción privada es una acción, en principio, perjudicial e ineficiente, antes o después ello merecerá un castigo por el propio mercado y los consumidores. Si una empresa ofrece productos o servicios de calidad inferior, es el mercado quien le castigará<sup>153</sup>. Es decir, el propio funcionamiento del mercado expulsa a los corruptos, lo que no sucede con igual intensidad en el ámbito público.

3) Hay menos espacio para las actuaciones corruptas en el sector privado en las economías en que hay un grado sustancial de competencia. Lo que no sucede en el ámbito público, en el que no existe ese grado de competencia que frena la corrupción, sea cual sea la economía de que se trate. Por definición, el «Gobierno no es, en el curso normal de los acontecimientos, una industria competitiva»<sup>154</sup>.

En definitiva, estas consideraciones entienden que en los ámbitos mercantiles y comerciales existen filtros que evitan los actos de corrupción, pero esos filtros no existen en la esfera pública. En un caso, los actos de corrupción se van decantando y disminuyendo y en el otro no. Por eso, en el segundo caso, la amenaza de sanción penal debe tener un protagonismo mayor.

#### **4. NO CABE EQUIPARAR CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA**

En tercer lugar, y al hilo de lo anterior, se afirma que los efectos económicos, sociales y éticos de la corrupción privada deben ser valorados de manera distinta, y en este sentido de manera menos intensa desde el punto de vista de su reprochabilidad penal, que la corrupción que afecta funcionarios públicos<sup>155</sup>. Se entiende que las conductas más relevantes afectan a la corrupción en el ámbito público, de ahí que la mayoría de los estudios se centre en este tipo de corrupción (lo que supone también que las leyes penales nacionales y los convenios internacionales hayan centrado la prevención de la corrupción en castigar las conductas que afectan a las Administraciones públicas y a los funcionarios públicos nacionales y extranjeros)<sup>156</sup>.

Mediante la sanción penal de la corrupción privada se equipara dicha corrupción con la que se desarrolla en el ámbito público y eso no es correcto. El castigo de tales hechos no puede asimilarse al cohecho de funcionarios públicos

---

<sup>153</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 58.

<sup>154</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 59.

<sup>155</sup> ARGANDOÑA, A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 1.

<sup>156</sup> BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Colección Estudios nº 1, EUROsociAL, Madrid, 2013, pág. 16.

por dos razones: los funcionarios tienen deberes con la colectividad que no alcanzan a los integrantes de empresas privadas y el castigo de la corrupción privada se tiñe de matices morales<sup>157</sup>. De tal modo, que no cabe equiparar ambas formas, porque la corrupción en el ámbito privado «distorsiona el funcionamiento de un mercado legítimo», mientras que la corrupción en el ámbito público crea «un mercado de cosas que nunca deberían ser vendidas»<sup>158</sup>. Esto es, una corrupción (la privada) es una anomalía o disfunción de un mercado lícito, mientras que otra (la pública) supone un mercado ilícito en su propia esencia y en toda su extensión.

Quienes ocupan cargos públicos tienen deberes que son cualitativamente diferentes de los que afectan a los empleados de las empresas privadas<sup>159</sup>. En una democracia, los primeros han sido directamente elegidos por el pueblo o nombrados por quienes fueron elegidos popularmente. En cualquier caso, sirven un interés público. Aceptar un soborno es violar esa confianza popular y un inherente deber de servicio a la colectividad, de modo que cuando un funcionario público se corrompe socava un interés general. Los sobornos en el ámbito privado reflejan una dinámica muy diferente: los empleados de una entidad privada que aceptan sobornos también vulneran una confianza, la que han puesto en ellos sus superiores, clientes o accionistas, pero no violan una confianza de la sociedad en general (que sí se deposita en los funcionarios públicos, precisamente porque es la colectividad la que ha decidido, directa o indirectamente, su nombramiento).

Por otra parte, los procesos de toma de decisión son diferentes<sup>160</sup>. En el ámbito privado, esos procesos no se rigen por el Derecho público, al contrario de lo que sucede con los funcionarios públicos. Ello supone que los empleados de una empresa privada, en lo relativo a los factores que influyen en su toma de decisiones, no tienen obligaciones hacia el público en general. Tampoco los clientes que compran bienes de una empresa privada tienen derecho a esperar que la empresa tome sus decisiones de una manera determinada; sino que basta con que la empresa no adultere los productos que está vendiendo y cumpla las leyes relativas a la seguridad y salud pública (eso es lo que los clientes pueden legítimamente esperar de una empresa). Ni siquiera los accionistas de la empresa tienen derecho a imponer que tome sus decisiones de una manera

---

<sup>157</sup> Al respecto, véase ENGLE, E., «I Get by with a Little Help from my Friends? Understanding the UK Anti-Bribery Statute, by reference to the OECD Convention, and the Foreign Corrupt Practices Act», *The International Lawyer*, invierno 2010, vol. 44, págs. 1173 a 1188, esp. pág. 1186. También, GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», págs. 55 a 65.

<sup>158</sup> ALLDRIDGE, P., «The Law Relating to Free Lunches», *Company Lawyer*, 23, 2002, págs. 264 a 273, esp. pág. 267.

<sup>159</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 57.

<sup>160</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 57.

determinada, a menos que los procedimientos al efecto hayan sido especificados.

Sin embargo, los funcionarios tienen señaladas expresamente obligaciones hacia la colectividad cuando toman sus decisiones y los procedimientos para obtenerlas están diseñados por imposición legal.

## **5. LA ESCASA RELEVANCIA DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA**

Otra razón que justificaría la menor relevancia del cohecho entre particulares es que la información en los medios sobre los supuestos de corrupción privada es más escasa que aquellos que afectan a la esfera de actuación pública. Lo que supone que no es una actividad ilícita que tenga la entidad suficiente como para ser castigada penalmente, en la medida en que es una especie de corrupción residual.

## **IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PERSECUCIÓN PENAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La idea de que la corrupción privada no debe ser objeto de sanción penal, conforme a los anteriores argumentos, es objetable por varias razones, que, a nuestro juicio, hacen necesario el castigo penal de este tipo de conductas.

Los argumentos que sustentan la afirmación inicial pueden ser sólidamente rebatidos.

Frente al argumento de que las conductas de pago de incentivos indebidos, sobornos y otras formas de corrupción en la esfera privada generan beneficios potenciales y son expresiones de la actividad empresarial, cabe argumentar que estamos ante una actividad que genera una dañosidad económica y social en diversos ámbitos, de modo que sus efectos negativos superan los pretendidos beneficios.

En segundo lugar, la idea de que el mercado privado es un ente eficiente por sí solo para hacer disminuir la corrupción (no sólo privada, sino en general), ha sido rebatida, en la medida en que no hay estudios empíricos que demuestren que ello es así<sup>161</sup>. Incluso tampoco es una afirmación demostrada la que dice que una política de fomento de la competencia es un instrumento

---

<sup>161</sup> Cfr. MALEM SEÑA, J. E., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa editorial, Barcelona, 2002, págs. 202 a 206.

sencillo para el control de la corrupción, porque desde un punto de vista económico todavía no se han identificado plenamente las condiciones por las que un aumento de la competencia sirve para reducir eficazmente la corrupción<sup>162</sup>. Estas consideraciones ponen en duda que la propia dinámica del sector privado sea más eficiente que el sector público en evitar la corrupción.

En tercer lugar, en la realidad económica y social actual, la distinción entre la esfera de lo público y lo privado no es tan nítida como se pretende, por lo que la corrupción punible no se debe limitar, por definición, a la esfera pública. En consecuencia, es factible el castigo penal de ambas modalidades.

Finalmente, la relevancia mediática y social de la corrupción privada no es escasa porque no exista (al contrario, la corrupción entre particulares es una realidad); sino porque las empresas (que son las implicadas en ella) no suelen dar publicidad a la misma, especialmente por el riesgo reputacional que les supone.

En definitiva, la corrupción entre particulares es un fenómeno que debe ser objeto de reproche penal. Para llegar a esta conclusión, se tienen en cuenta ideas como las siguientes: i) los efectos negativos de la corrupción entre particulares; ii) la confusa distinción entre lo público y lo privado; y iii) la corrupción entre particulares como realidad social y económica.

## **2. LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES**

La corrupción privada produce efectos claramente negativos, en distintos ámbitos<sup>163</sup>. De manera que cabe hablar de una «dañosidad social» de estas conductas por las consecuencias que producen para las empresas afectadas, el interés de los propios consumidores, la competencia y el hecho de que suelen «ir de la mano» con casos de corrupción de funcionarios públicos<sup>164</sup>.

### **1. Los efectos en relación con las empresas**

---

<sup>162</sup> BLISS, C. y DI TELLA, R., «Does Competition Kill Corruption?», *Journal of Political Economy*, vol. 105, nº 5, octubre 1997, págs. 1001 a 1023, esp. págs. 1001 y 1002.

<sup>163</sup> Sobre los efectos negativos de la corrupción en general, véase ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, ob. cit., *passim*; y MALEM SEÑA, J. E., *La corrupción. Aspectos éticos...*, ob. cit., págs. 177 a 186.

<sup>164</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, M. A., «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia», en SERRANO-PIEDRACASAS, J. R. y DEMETRIO CRESPO, E. (Directores), *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, págs. 139 a 175, esp. págs. 168 a 172.

En primer lugar, produce consecuencias perjudiciales para las propias empresas que realizan tales actos, que son de distinto tipo. Podemos citar, así, las consecuencias que la corrupción privada tiene en sus principios y valores, dado que socava la ética empresarial<sup>165</sup>; fomenta la deslealtad en cuanto al empleador<sup>166</sup> y el propio patrimonio de la sociedad (al suponer un sobre coste sobre el precio del producto<sup>167</sup>), poniendo en peligro los intereses de inversores y accionistas<sup>168</sup>. Además, una empresa que realiza y fomenta las prácticas de corrupción suele caer en la falsedad contable y fiscal<sup>169</sup>.

La corrupción afecta de forma directa al personal de la empresa, que ve lesionada su dignidad e integridad moral<sup>170</sup>; y pierde la confianza en la dirección: algunos empleados querrán sacar provecho de los beneficios obtenidos, otros bajarán su rendimiento e iniciativa en la empresa ante su disconformidad con lo que ven, mientras otros -quizá los mejores y definitivamente los más honestos- optarán por abandonar la misma<sup>171</sup>.

Podría pensarse que hay supuestos en los que no hay perjuicio económico para las empresas que incurren en actuaciones corruptas. Como hemos dicho anteriormente, es factible plantear supuestos en los que mediante una actuación de tal naturaleza, se generen beneficios; por ejemplo, si el coste del soborno es menor que los ingresos obtenidos por la decisión corrupta adoptada. Pero, aun así, pese al beneficio inmediato a corto plazo, la ventaja competitiva que puede adquirir la empresa corrupta es poco sostenible y muy costosa a medio y largo plazo: una conducta que puede ser económicamente rentable cuando se practica por primera vez, deja de serlo cuando se repite y hay que llevar a cabo prácticas corruptas de forma habitual; el mantenimiento de este tipo de acciones es crecientemente costoso y los «beneficios» recibidos a corto plazo no son suficientes para cubrir las necesidades económicas de la empresa a medio o largo plazo<sup>172</sup>.

El pago de sobornos aumenta la incertidumbre y los costes de las operaciones comerciales y allana el camino para otro tipo de irregularidades

---

<sup>165</sup> *Corrupción: amenazas y tendencias en el siglo XXI*, Documento de trabajo del Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok (Tailandia).

<sup>166</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 146 a 150.

<sup>167</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 150 a 153.

<sup>168</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 4; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 5.

<sup>169</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 13.

<sup>170</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 6.

<sup>171</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 13.

<sup>172</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 12.

corporativas<sup>173</sup>. Una política empresarial basada en actos corruptos debilita las perspectivas para la inversión económica en la empresa<sup>174</sup> y la hace vulnerable a solicitudes de extorsión en el futuro<sup>175</sup>. Reduce la capacidad de supervivencia y rentabilidad futura de la misma, al aumentar los costes de hacer negocios a largo plazo, poniendo en peligro operaciones comerciales. Los costes de corrupción repercuten en las empresas en la pérdida de oportunidades comerciales y multas o sanciones diversas. Así, a largo plazo, el dinero gastado en corrupción resulta una pérdida para la empresa<sup>176</sup>.

En definitiva, la corrupción impide una buena toma de decisiones y supone un desperdicio de recursos<sup>177</sup>, aumenta los costes a las empresas<sup>178</sup> y debilita la capacidad de las organizaciones y entidades privadas para cumplir sus propios objetivos<sup>179</sup>; porque una empresa que funciona mediante prácticas corruptas, es una empresa que no tiene control de sí misma<sup>180</sup>.

## **2. Los efectos en relación con el mercado y los consumidores**

La corrupción privada no es sólo perjudicial para las empresas, sino también para el entorno en el que las mismas desarrollan su actividad.

### **2.1. En relación con los competidores**

En primer lugar, estos actos generan condiciones anticompetitivas<sup>181</sup>: distorsionan la competencia leal y las reglas de una economía de mercado libre<sup>182</sup>, porque afectan a las condiciones de igualdad entre los actores comerciales<sup>183</sup>. La interferencia de las maniobras corruptas en el sector privado fomenta la deslealtad en las relaciones económicas en relación con el resto de

---

<sup>173</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 22.

<sup>174</sup> *Corrupción: amenazas y tendencias...*, ob. cit.

<sup>175</sup> ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, ob. cit., pág. 46.

<sup>176</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra...», ob. cit., pág. 14.

<sup>177</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 65.

<sup>178</sup> *Bribe Payers Index Report 2011*, Transparency International (disponible en <http://bpi.transparency.org/bpi2011/results/>; consulta abril de 2015), pág. 19.

<sup>179</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption...», ob. cit., pág. 1053.

<sup>180</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra...», ob. cit., pág. 13.

<sup>181</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 65.

<sup>182</sup> *Corrupción: amenazas y tendencias...*, ob. cit.; BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 153;

<sup>183</sup> PEREIRA, B., «Éthique commerciale, bonne gouvernance des entreprises et corruption internationale», *Revue internationale de droit économique*, 2008/1, Tomo XXII, 1 (disponible en <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2008-1-page-5.htm>; consulta marzo de 2014), esp. punto 2 de la edición digital; BOLES, J., «The Two Faces of Bribery: International Corruption Pathways Meet Conflicting Legislative Regimes», *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, nº 4, 2014, págs. 674 a 713, esp. pág. 698.



los competidores en el mercado<sup>184</sup>. En este sentido, penaliza a las empresas más pequeñas -que no pueden permitirse el lujo de competir en estos términos- y a aquellas empresas con un nivel de integridad tal que se niegan a participar en la corrupción<sup>185</sup>.

## **2.2. En relación con los consumidores**

En segundo lugar, repercute negativamente en la calidad de los productos y servicios para el consumidor<sup>186</sup>; y sus efectos se pueden sentir a través de toda la cadena de producción y suministro de productos y servicios<sup>187</sup>. Mediante los actos de corrupción, quien actúa en el mercado se ve inclinado a favorecer a un proveedor o prestador de servicios inferior o a no cumplir la diligencia debida en la prestación de servicios<sup>188</sup>. Además, incide en los precios de tales productos y servicios, en la medida en que la competencia es un mecanismo decisivo en nuestros sistemas económicos para la determinación del precio de cualquier actividad<sup>189</sup>.

## **2.3. En relación con la confianza en el sistema económico**

Además de estos efectos para los intervinientes en las operaciones del mercado, la corrupción privada afecta al mismo sistema de mercado y la confianza que se tiene en él<sup>190</sup>.

La corrupción socava los principios fundamentales en los que se basan las actividades comerciales -la competencia leal y la selección en función del mérito- y que resultan indispensables para que los mercados sean fuente de innovación, eficiencia, productividad y crecimiento; por lo que se convierte en una amenaza fundamental para la confianza en las economías de mercado y su funcionamiento<sup>191</sup>. Con esta práctica se introduce en el mercado un elemento que interfiere en su funcionamiento, supuestamente basado en el mérito, la

---

<sup>184</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 154; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 5.

<sup>185</sup> *Bribe Payers Index Report 2011*, ob. cit., pág. 19.

<sup>186</sup> *Corrupción: amenazas y tendencias...*, ob. cit.; BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 156; BOLES, J., «The Two Faces of Bribery...», ob. cit., pág. 698.

<sup>187</sup> *Bribe Payers Index Report 2011*, ob. cit., pág. 19.

<sup>188</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 22.

<sup>189</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIAN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas», *Revista Brasileira de Ciencias Criminales*, nº 81, 2009, págs. 7 a 35, esp. pág. 15; BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa...*, ob. cit., pág. 17.

<sup>190</sup> BOLES, J., «The Two Faces of Bribery...», ob. cit., pág. 696.

<sup>191</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 22; BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa...*, ob. cit., pág. 16.

oferta de productos de calidad, a precio razonables y con un servicio eficiente<sup>192</sup>.

Los riesgos para los mercados son diversos y cada vez más importantes: pueden llegar a no permitir el libre flujo del comercio y el desarrollo sostenible de conformidad con valores democráticos<sup>193</sup>. Aspectos en los que tiene incidencia el hecho de que la corrupción genera la percepción de que quien no está dispuesto a ofrecer o pagar sobornos no tendrá posibilidades reales de competir<sup>194</sup>.

Ello supone que la inversión exterior se retraiga<sup>195</sup>: si bien podría parecer que la inversión extranjera acude a los mercados en los que se obtengan con facilidad posiciones favorables de manera inmediata (mediante el pago de sobornos), en un plazo de tiempo más dilatado un entorno comercial y mercantil corrupto condiciona de tal manera el funcionamiento del mercado (que se basará en la fuerza de quien más paga) que los perjuicios no compensan las ventajas inicialmente obtenidas («efecto boomerang»).

Por otra parte, la percepción que se tenga del grado de corrupción afecta a la seguridad jurídica, en la medida en que este factor se pondera al realizar el cálculo de las condiciones necesarias para decidir sobre las inversiones de capital en un determinado Estado: la existencia de corrupción en el funcionariado y en las relaciones comerciales entre particulares pone en tela de juicio la vigencia del Derecho y perturba seriamente la competencia<sup>196</sup>.

### **3. Los efectos en relación con la causa pública**

A estos efectos de distinto signo, podemos añadir otro más: la permisividad hacia el soborno en el sector privado puede impulsar un clima propicio para la corrupción de empleados públicos («efecto contagio»)<sup>197</sup>. Ello en la medida en que la corrupción en el sector privado en muchas ocasiones

---

<sup>192</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 154.

<sup>193</sup> PEREIRA, B., «Éthique commerciale...», ob. cit., punto 49.

<sup>194</sup> ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 99, 2009, págs. 93 a 123, esp. págs. 96 y 97.

<sup>195</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIAN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal...», ob. cit., pág. 15. Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, M. A., «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal?», *Derecho & Sociedad*, nº 35, 2015, págs. 191 a 211, esp. pág. 200.

<sup>196</sup> ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, ob. cit., págs. 43 y 45; BACIGALUPO, E., «Sobre seguridad jurídica...», ob. cit., pág. 278.

<sup>197</sup> ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws», *The University of Chicago Legal Forum*, 2012, págs. 151 a 194, esp. pág. 151.

tiene origen en la existencia de conexiones ilícitas con cargos políticos o con cargos públicos de las autoridades o agencias de control de los mercados financieros<sup>198</sup>.

### 3. LA CONFUSA DISTINCIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

La percepción acerca de la distinción entre ambos tipos de soborno (público y privado) no es tan nítida como se puede pensar<sup>199</sup>. Lo que enlaza con otra razón a favor de la punición de la corrupción privada: hay varias maneras de definir la frontera entre los sectores público y privado, que ocasionan problemas de clasificación si la corrupción se limita por definición a la esfera pública<sup>200</sup>. Aunque la distinción entre la corrupción en el ámbito público y el soborno en el ámbito privado fueran aceptadas en abstracto, la distinción no refleja la realidad de la vida moderna en el mundo industrializado de hoy, en el que las funciones públicas y privadas se han desdibujado<sup>201</sup>. Por ello, no es factible distinguir con toda nitidez dos ámbitos secantes de actividad, con carácter general, por cuanto las instituciones que en algunos países son privadas pueden ser públicas en otros<sup>202</sup>.

En este punto podemos acudir al ejemplo citado por HODGSON y JIANG<sup>203</sup>: en algunos países, los servicios postales, los ferrocarriles y las universidades son dirigidos totalmente por el Estado y los profesores universitarios y otros funcionarios de estos sectores son funcionarios civiles o funcionarios del Estado. Pero en otros países se encuentran ejemplos donde estos servicios se han privatizado. Un acto de soborno que involucre a un funcionario de la universidad, o de los sistemas postales o ferroviarios, sería corrupción según la mayoría de las definiciones. ¿Pero dejaría de serlo si ocurriera en los equivalentes privados de estas instituciones en otro país, por ejemplo, en Estados Unidos? Una respuesta afirmativa sería absurda. Además, unos países tendrían más corrupción que otros con niveles similares de deshonestidad, simplemente porque el sector público es más amplio. En

---

<sup>198</sup> CARBAJO CASCÓN, F., «Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión», en RODRIGUEZ GARCÍA, N. y FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado...*, ob. cit., págs. 127 a 155, esp. pág. 133.

<sup>199</sup> Cfr. BOLES, J., «The Two Faces of Bribery...», ob. cit., págs. 690 a 696.

<sup>200</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption...», ob. cit., pág. 1046.

<sup>201</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 60; ROSE-ACKERMAN, S., «Measuring Private...», ob. cit., pág. 1; BOLES, J., «The Two Faces of Bribery...», ob. cit., pág. 698.

<sup>202</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption...», ob. cit., pág. 1046; ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 9.

<sup>203</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption... », ob. cit., pág. 1046.

consecuencia, restringir la definición de corrupción al sector público conlleva graves anomalías.

La corrupción es contagiosa y no respeta fronteras sectoriales, reduce los niveles de ética y confianza, lo que hace más difícil resistirse a las prácticas corruptas; por ello, puede extenderse fácilmente del sector privado al sector público, o viceversa<sup>204</sup>. Es más, el proceso de transferir activos, mediante un proceso de privatización, desde el sector público a la propiedad privada está plagado de oportunidades de corrupción<sup>205</sup>.

Además, la entidad y alcance de ambos tipos de corrupción se van equiparando. No sólo porque las actividades necesarias para la colectividad se realizan mediante entes y sistemas privados, de manera paulatina; sino porque en una época en la que las personas jurídicas tienen un mayor alcance y poder que nunca, no hay ninguna razón para suponer que las decisiones corruptas de los empleados de una compañía privada serán necesariamente menos dañosas para la colectividad que las decisiones corruptas de los funcionarios públicos. Una decisión tomada por un ejecutivo de una compañía multinacional podría afectar negativamente a la vida de muchas más víctimas que una decisión tomada por un funcionario, según los casos<sup>206</sup>.

En definitiva, no cabe sostener que hay una corrupción pública, que debe ser castigada penalmente, y unos comportamientos (que participan de la misma naturaleza que los actos corruptos de los funcionarios) que se dan en las relaciones comerciales y mercantiles, pero que deben quedar al margen del Derecho Penal. No es posible afirmar que los primeros son actos punibles y los segundos son actos que forman parte de los negocios, por lo que son aceptables en los mercados y de los que estos mismos se encargan. Frente a estas ideas, se argumenta, certeramente, que el desarrollo de una regulación contra la corrupción, si se pretende que sea efectiva, requiere que la relación entre los sectores público y privado no sea contemplada en términos de mera contraposición (a modo de círculos tangentes), sino en términos de complementariedad; de tal modo que es precisa la interacción y colaboración entre ambos sectores a la hora de elaborar políticas criminales para combatir la corrupción<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption...», ob. cit., pág. 1047.

<sup>205</sup> ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, ob. cit., pág. 47.

<sup>206</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 59.

<sup>207</sup> MANACORDA, S., «Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a “Hybrid Normativity”», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (Editores), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, págs. 3 a 30, esp. pág. 18.

En este sentido, son múltiples las razones que avalan la introducción de sanciones penales para reprimir la corrupción más allá del ámbito de lo público, máxime cuando en el curso de los últimos años se ha asistido a un proceso masivo de privatización, que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos económicos antes gestionados por el sector público. Por ello, resulta lógico proteger a la sociedad de los efectos nocivos de la corrupción en las empresas privadas, dada la gran importancia social del poder económico y financiero que se concentra en este ámbito<sup>208</sup>.

Además, cabe añadir que castigar la corrupción privada supone un esfuerzo necesario e innovador para evitar cualquier laguna en una estrategia global de lucha contra la corrupción<sup>209</sup>. Y, aunque, desde el punto de vista de política criminal, pudiera parecer en principio que la inclusión de tales conductas en el Código penal es exagerada, la lucha contra la corrupción debe darse en todos los frentes, no solamente en el público sino también en la esfera privada, proscribiendo comportamientos que trascienden de lo meramente privado y afectan a intereses de toda la colectividad, interesada en la limpieza en todos los órdenes de la contratación<sup>210</sup>.

#### **4. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES COMO REALIDAD**

##### **1. Introducción**

No se puede ignorar la existencia y realidad de actos de corrupción en la esfera privada<sup>211</sup>. No se puede pretender que la corrupción sea un fenómeno exclusivo de los funcionarios públicos, porque también existen actos de tal especie en el ámbito empresarial.

En este sentido, SUTHERLAND ya afirmaba que el «soborno comercial» era uno de los supuestos de *white collar crime* (junto, entre otros, con la falsedad contable, la manipulación del mercado de valores, el soborno de funcionarios públicos o el fraude fiscal)<sup>212</sup>; añadiendo que la *Federal Trade*

---

<sup>208</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 25 y 26; ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación...», ob. cit., págs. 96 y 97.

<sup>209</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 25.

<sup>210</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en el sector privado», *Curso: Delincuencia económica y societaria*, Consejo General del Poder Judicial, 21 de junio de 2010 (disponible en <https://www3.poderjudicial>), pág. 5.

<sup>211</sup> HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption...», ob. cit., pág. 1046.

<sup>212</sup> SUTHERLAND, E. H., «White-Collar...», ob. cit., pág. 2

*Commission* informó, en 1920, que el soborno comercial era una práctica frecuente y común en muchas industrias<sup>213</sup>.

Como ejemplo, cabe citar que en una carta presentada al Congreso de los EE. UU., el fiscal federal William S. Price señaló que los miles de millones de dólares perdidos por medio del soborno comercial en la industria del petróleo es uno de los más importantes delitos de cuello blanco en ese país y supone un coste añadido del 30% al 40% en la perforación de cada pozo<sup>214</sup>. Incluso algunos autores afirman que, al menos en el ámbito de la OCDE, la opinión de los expertos es que en los niveles inferiores de las empresas es más frecuente la corrupción en el sector privado que la corrupción de funcionarios públicos (si bien a nivel de alta dirección la situación puede ser diferente)<sup>215</sup>.

Otro ejemplo que se puede reseñar es el caso de China, donde, en apenas dos años (2005 a 2007) se investigaron 21.889 casos de soborno comercial por valor de 676 millones de dólares<sup>216</sup>; de los cuales 2.755 casos correspondían al sector de la sanidad en el año 2006<sup>217</sup>. Algunos autores cifran el total de casos de soborno comercial en China, en 81.391, por un valor de más de 20.000 millones de yuanes<sup>218</sup>.

## 2. Medición de la corrupción entre particulares

La cuestión, reside, entonces, en conocer cuánta corrupción privada existe. Pero aquí la dificultad radica en encontrar un índice que nos permita conocer la medida de la misma<sup>219</sup>. En realidad, esta dificultad no es exclusiva de

---

<sup>213</sup> SUTHERLAND, E. H., «White-Collar...», ob. cit., pág. 3.

<sup>214</sup> Véase *Proposed RICO Reform Legislation: Hearings on S. 1523 Before the Commission on the Judiciary, 100 th Cong.*

<sup>215</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 4; quien afirma lo indicado, pero sin exponer datos concretos. En igual sentido, ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos...*, ob. cit., pág. 78, que indica que en el mundo de los negocios la mayoría de los sobornos los pagan los empleados y los representantes, y no la alta dirección.

<sup>216</sup> «No let-up in campaign against commercial bribery», *News of the Communist Party of China*, 29 de abril de 2007 (disponible en [http:// english.cpc.people.com.cn/77095/77097/5683943.html](http://english.cpc.people.com.cn/77095/77097/5683943.html); consulta mayo de 2015).

<sup>217</sup> «China probes 2,755 commercial bribery cases in health sector in 2006», *GOV.cn*, 3 de abril de 2007 (disponible en [http://www.gov.cn/english/2007-04/03/content\\_570742.html](http://www.gov.cn/english/2007-04/03/content_570742.html); consulta mayo de 2015).

<sup>218</sup> LIU, Q., LUO, T. y TIAN, G., «Political connections with corrupt government bureaucrats and corporate M&A decisions: A natural experiment from the anti-corruption cases in China» (disponible en <http://www.massey.ac.nz/massey/learning/colleges/college-business/school-of-economics-and-finance/research/manawatu-seminar-series/manawatu-seminar-series-2015.cfm>; consulta mayo 2015).

<sup>219</sup> Cfr. ROSE-ACKERMAN, S., «Measuring Private Sector Corruption», *U4 Brief*, nº 5, septiembre 2007 (disponible en <http://www.cmi.no/publications/publication/?2755=measuring-private-sector-corruption>; consulta mayo de 2015), *passim*.

la corrupción privada, sino que también surge cuando se trata de medir la corrupción en general<sup>220</sup>; de modo que no existen estudios, basados en datos empíricos, que midan específicamente el nivel de corrupción privada que existe en los distintos países y en España, en particular<sup>221</sup>.

En el caso de la corrupción privada hay dos factores que inciden notablemente en la dificultad de su medición:

1) La práctica de ofrecer y exigir sobornos se desenvuelve con sigilo, por lo que, como toda actividad clandestina, se resiste a ser estudiada desde la óptica de la estadística<sup>222</sup>.

2) Las empresas suelen ser reacias a presentar demandas o denuncias por hechos de soborno comercial en razón del impacto negativo que pueden suponer para su prestigio; por lo que prefieren no otorgar publicidad a esos actos<sup>223</sup>.

Sin duda, pesa en esta decisión el riesgo reputacional que se deriva para ellas, entendido como el peligro que tiene una marca de perder su valor o una organización de perder su capacidad de persuadir<sup>224</sup>. Como ejemplo, podemos indicar que el 45,6% de las empresas españolas creen que la corrupción y los sobornos son los aspectos que causan el impacto más significativo en su organización, en términos de reputación corporativa<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> Sobre esta cuestión, véase NICHOLS, P. M., «Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation», *The Yale Journal of International Law*, n° 24, invierno 1999, págs. 257 a 303, esp. págs. 272 y 273; DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Corrupción en el sector...», ob. cit., pág. 153; BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa...*, ob. cit., pág. 15; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción», *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n° 6, 2011, págs. 361 a 408, *passim*; y VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)», *Revista de Estudios Políticos*, n° 156, abril-junio, 2012, págs. 13 a 47, *passim*. También, MORA MOLINA, J. J., «Corrupción y rendición de cuentas», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año n° 18, n° 30, 2014, págs. 145 a 172, *passim*.

<sup>221</sup> Esta ausencia de estudios que midan la incidencia y magnitud de los sobornos en el sector privado ya se puso de manifiesto en ROSE, T. O., «Introduction», en HEINE, G. y ROSE, T. O., *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures. A Project Report*, Edition Iuscrim, págs. 1 a 6, esp. pág. 3.

<sup>222</sup> FABIAN CAPARRÓS, E., «La corrupción política...», ob. cit., pág. 17. Cfr., JAIN, A. K., «Corruption: a...», ob. cit., pág. 76.

<sup>223</sup> ARGANDOÑA, A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 1.

<sup>224</sup> KOENIG, D. R., *Governance Reimagined: Organizational Design, Risk, and Value Creation*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2012, pág. 160.

<sup>225</sup> Cfr. *Encuesta sobre fraude y delito económico 2014. Resultados en España*, elaborado por Price Waterhouse Coopers (disponible en <http://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/encuesta-fraude-economico-2014.jhtml>; consulta abril de 2015), pág. 24.

Es evidente que contar con una reputación de entidad contraria a la corrupción es beneficioso para acceder a nuevos mercados y aliarse con otras empresas u organizaciones; y también lo es en las relaciones con las entidades financieras o para obtener contratos públicos e incluso para hacerla más atractiva a potenciales compradores<sup>226</sup>. Si esa reputación se ve afectada, ello produce perjuicios para las empresas, por lo que tienden a evitar la publicidad de los actos de corrupción que se producen en su seno<sup>227</sup>.

Por contra, intentan resolver la situación con sus propios mecanismos internos y por este motivo es extremadamente difícil obtener estadísticas sobre la cuestión<sup>228</sup>; hasta el punto que se afirma que los datos sobre corrupción en el sector privado son muy débiles y no se puede ocultar el hecho de que casi nada se sabe sobre la corrupción que se produce en su totalidad dentro de tal sector<sup>229</sup>.

En el caso de España, son muy escasas las noticias sobre hechos calificables como corrupción privada que se publican. Uno de los, aún, escasos supuestos en los que se ha dado publicidad a hechos de esta naturaleza en nuestro país, lo encontramos en las noticias de prensa referidas a la compañía *McDonald's* España. La citada entidad comunicó en su momento que inició una investigación interna para conocer las ramificaciones de una presunta trama de corrupción que afectaba a su departamento de construcción, encargado de gestionar el presupuesto para la apertura de nuevos puntos de venta y la reforma de los ya existentes. Sólo en el periodo 2012-2014 esa sección de la compañía tenía asignados más de 160 millones de euros. La investigación interna terminó con el despido de su máximo jefe de construcción para el mercado español, ya que se habría demostrado que este trabajador tenía negocios personales con algunos de los principales proveedores del departamento que él mismo dirigía y que habría favorecido a esas compañías, de las que era socio, en detrimento de otros proveedores con precios más competitivos en numerosos concursos de adjudicación de las obras de construcción y reforma de los restaurantes de *McDonald's*<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 14.

<sup>227</sup> ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., pág. 10.

<sup>228</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain...», ob. cit., pág. 23.

<sup>229</sup> ROSE-ACKERMAN, S., «Measuring Private...», ob. cit., pág. 1.

<sup>230</sup> «McDonald's frena su expansión en España por sospechas de fraude de un directivo» (*El Confidencial*, 3 de diciembre de 2013, disponible en [http://www.elconfidencial.com/espana/2013-12-03/mcdonald-s-frena-su-expansion-en-espana-por-sospechas-de-fraude-de-un-directivo\\_61488/](http://www.elconfidencial.com/espana/2013-12-03/mcdonald-s-frena-su-expansion-en-espana-por-sospechas-de-fraude-de-un-directivo_61488/); consulta marzo de 2014); y «McDonald's despide a un directivo corrupto y prescinde de los proveedores implicados» (*El Confidencial*, 3 de febrero de 2014; disponible en



Otra noticia de prensa sobre hechos relacionados con el ámbito de la corrupción privada se refirió a la entidad Iberdrola, cuya filial de ingeniería llevó a cabo prácticas ilícitas para conseguir un contrato en Letonia, de más de 300 millones de euros. Se trataría del pago de comisiones a otra entidad para imponerse en una puja, a fin de construir una central de ciclo combinado en Riga con la empresa estatal letona *Lavetnergo*<sup>231</sup>.

Estos hechos fueron investigados en Letonia e Iberdrola fue, en 2014, condenada al pago de una multa de 1.600.000 euros<sup>232</sup>. La propia compañía española indica, en su *Informe de sostenibilidad 2014*<sup>233</sup>, lo siguiente:

«Por su parte, ha concluido el proceso penal que se seguía en Letonia, por medio de una *injunction* de la fiscalía y por tanto sin sentencia judicial, por actuaciones relacionadas con un expleado de Iberdrola Ingeniería y Construcción, quien ha reconocido su exclusiva responsabilidad por los hechos objeto de investigación; por su parte, Iberdrola Ingeniería y Construcción ha aceptado que las conductas delictivas del expleado, calificadas como tráfico de influencias, le pudieron reportar algún beneficio, en la medida en que resultó adjudicataria de determinado proyecto, todo ello aun cuando el expleado actuó sin su conocimiento».

En este ámbito, hay iniciativas para paliar ese déficit de información. Al respecto, es significativo el ejemplo de China, donde se han dictado normas por las que las autoridades deben elaborar «listas negras» de empresas afectadas por actos de corrupción. Esas normas son *Regulations on the Establishment of Commercial Bribery Records for the Purchase and Sale of Medicines*<sup>234</sup>, que

---

[http://www.elconfidencial.com/espana/2014-02-03/mcdonald-s-despide-a-un-directivo-corrupto-y-prescinde-de-los-proveedores-implicados\\_83479/](http://www.elconfidencial.com/espana/2014-02-03/mcdonald-s-despide-a-un-directivo-corrupto-y-prescinde-de-los-proveedores-implicados_83479/); consulta marzo de 2014).

<sup>231</sup> «Un informe secreto revela que Iberdrola pagó comisiones en un caso de corrupción» (*El Confidencial*, 6 de noviembre de 2013; disponible en [http://www.elconfidencial.com/economia/2012-11-06/un-informe-secreto-revela-que-iberdrola-pago-comisiones-en-un-caso-de-corrupcion\\_417414/](http://www.elconfidencial.com/economia/2012-11-06/un-informe-secreto-revela-que-iberdrola-pago-comisiones-en-un-caso-de-corrupcion_417414/); consulta marzo de 2014).

<sup>232</sup> Véase, «Spanish firm fined €1.6m in electric utility corruption case», *LSM.LV. Public broadcasting of Latvia*, 23 de diciembre de 2014 (disponible <http://www.lsm.lv/en/article/economics/economy/spanish-firm-fined-1.6m-in-electric-utility-corruption-case.a111367/>; consulta abril de 2015).

<sup>233</sup> *Iberdrola. Informe de sostenibilidad 2014* (disponible en [https://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/1A\\_InformeSostenibilidad14.pdf](https://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/1A_InformeSostenibilidad14.pdf); consulta abril de 2015), pág. 208.

<sup>234</sup> Disponibles, en inglés, en [http://www.cov.com/files/upload/Alet\\_Insert\\_NHFP\\_NationalBlacklist\\_Healthcare\\_2013-12\\_CN\\_EN.pdf](http://www.cov.com/files/upload/Alet_Insert_NHFP_NationalBlacklist_Healthcare_2013-12_CN_EN.pdf); consulta febrero de 2014.

refuerzan y amplían reglas similares emitidas en 2007 y 2010, y que entraron en vigor el 1 de marzo de 2014.

Entre otras disposiciones se incluye la confección de listas de industrias farmacéuticas y fabricantes de dispositivos médicos que hayan sido condenadas, acusadas, demandadas o simplemente investigadas por ofrecer sobornos a cualquier empleado de una institución médica o de salud para la compra o el uso de sus medicamentos o de sus equipos o suministros médicos. La inclusión en tales listas supone una prohibición temporal de venta de sus productos a los hospitales públicos y un demérito para obtener contratos futuros. Las listas se publican en las páginas web de los departamentos de salud y en una página web a nivel nacional<sup>235</sup>.

Esta regulación es fruto de las investigaciones llevadas a cabo sobre empresas farmacéuticas extranjeras y locales. En particular sobre la farmacéutica británica *GlaxoSmithKline* (*GSK*), que había sido acusada de canalizar más de 600 millones de dólares en sobornos a los médicos a través de agencias de viajes. Las investigaciones culminaron con una condena para el jefe operaciones de *GSK* en China, Mark Reilly, por un delito de cohecho a la pena de 3 años de prisión y una multa para *GSK* de 490 millones de dólares<sup>236</sup>.

Pero el enfoque del gobierno chino no se limita a las empresas extranjeras, sino que presta mucha atención a las empresas nacionales chinas; por ejemplo, una de las mayores empresas farmacéuticas chinas, *Shanghai Pharmaceuticals*, ha sido objeto de investigaciones, dado que su filial, *Growful Pharma* fue acusada de sobornar al personal de un hospital para que recetara sus medicamentos (la filial fue acusada de haber gastado más de 120 millones de dólares en sobornos).

---

<sup>235</sup> Con más detalle sobre la cuestión, véase «China to introduce healthcare corruption "blacklist" in 2014», *Reuters*, 27 de diciembre de 2013 (disponible en <http://in.reuters.com/article/2013/12/27/china-corruption-idINL3N0K615R20131227>; consulta 16 de febrero de 2014); también «China issues new rules for blacklisting healthcare companies engaging in commercial bribery. Ethics rules for healthcare professionals also updated», *E-alert Covington & Burling LLP*, 31 de diciembre de 2013 (disponible en <http://www.cov.com/files/Publication/>; consulta 16 de febrero de 2014); y ENGELMANN, G. y KOCORAS, J. C., «China Compliance Update: Commercial Bribery Risks Remain Very Real In China», *McDermott Will & Emery Last*, 15 de febrero de 2014 (disponible en <http://www.mondaq.com/x/293278/Life+Sciences+Biotechnology/China+Compliance+Update+Commercial+Bribery+Risks+Remain+Very+Real+In+China>; consulta 19 de febrero de 2014).

<sup>236</sup> CASSIN, R. L., «China fines GSK \$490 million for bribery», *The FCPA Blog*, 19 de septiembre de 2014 (disponible <http://www.fcpablog.com/blog/2014/9/19/china-fines-gsk-490-million-for-bribery.html#>; consulta 3 de mayo de 2015). Sobre estos hechos y otras investigaciones derivadas de lo sucedido en China, véase con más detalle, SCHIPANI, C. A., LIU, J. y XU, H. «Doing Business in a Connected Society: The GSK Bribery Scandal in China», *Ross School of Business Working Paper*, nº 1268, marzo 2015.

En definitiva, las empresas pueden ser sancionadas por los actos de soborno y ver limitadas sus posibilidades de contratación, pero además la inclusión en las indicadas listas supone un riesgo comercial y de reputación significativo<sup>237</sup>. Riesgo que no sólo afecta a las empresas que se ven involucradas en conductas de soborno, sino que también puede incidir en la reputación de empresas que mantienen adecuadas prácticas, pero que pueden verse involucradas en una investigación contra la corrupción a través de una relación con un tercero; lo que exigirá a todas las empresas que permanezcan vigilantes en el desarrollo de tales relaciones<sup>238</sup>.

### 3. Estudios sobre corrupción

Los dos factores descritos (la clandestinidad de los actos y su escasa publicidad) hacen que no sea posible acudir a mediciones de corrupción privada basadas en datos oficiales y estadísticos (indicadores directos); lo que nos obliga a acudir a los estudios o encuestas basadas en la percepción que se tiene del fenómeno (indicadores indirectos).

Todo ello se complica aún más, si tenemos en cuenta que, unas veces, los estudios sobre la materia tratan de la corrupción en general y no distinguen entre las distintas formas del fenómeno; y, otras veces, los estudios se centran sólo en la corrupción de funcionarios.

#### 3.1. Estudios sobre corrupción en general

En lo que se refiere a los estudios sobre corrupción en general podemos citar, por su pretensión de generalidad, el *Informe contra la corrupción en la Unión Europea, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2014 -COM (2014) 38 final*-<sup>239</sup>. Estudia la corrupción, en general, definida, en un sentido amplio, como cualquier «abuso del poder para beneficio privado»<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> CARLSON, E., «China healthcare crackdown now includes blacklist», *The FCPA Blog*, 7 de enero de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/1/7/china-healthcare-crackdown-now-includes-blacklist.html>; consulta febrero de 2014).

<sup>238</sup> ENGELMANN, G. y KOCORAS, J. C., «China Compliance Update...», ob. cit.

<sup>239</sup> Disponible, en inglés, en [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-humantrafficking/corruption/docs/acr\\_2014\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-humantrafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf) (consulta febrero de 2014). Sobre este informe, véase CAMISÓN YAGÜE, J. A., «El informe anticorrupción de la Unión Europea», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, págs. 373 a 388, *passim*.

<sup>240</sup> *Informe contra la corrupción...*, ob. cit., págs. 2 y 37.

Si, además, se consulta el Anexo referido a España<sup>241</sup>, la única referencia que contiene sobre la corrupción entre particulares se limita a decir: «España tipificó el delito de corrupción en el sector privado mediante la enmienda de su Código Penal en 2010»<sup>242</sup>.

Entre las encuestas de percepción centradas exclusivamente en la corrupción de funcionarios, destaca, a nivel internacional, porque se considera la metodología de medición más extendida<sup>243</sup>, la que elabora *Transparency International*, en su informe *Índice de Percepción de la Corrupción*, que se publica, desde 1995, con una periodicidad anual<sup>244</sup>. Si bien esta entidad entiende la corrupción en un sentido amplio -como abuso del poder otorgado para beneficio privado<sup>245</sup>-, la citada encuesta recoge una serie de puntuaciones y clasifica los países sobre la base del grado de corrupción que se percibe en el sector público<sup>246</sup>.

A nivel nacional, podemos citar la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas *Ética pública y corrupción*<sup>247</sup>, que se basa en la percepción de los ciudadanos sobre la extensión de la corrupción en distintos ámbitos de la Administración pública, en distintos sectores y niveles políticos y sobre quiénes creen que son los principales responsables de ese fenómeno. O el *Informe sobre delitos económicos y fraude empresarial en España 2011*<sup>248</sup>, en el que la expresión «corrupción y soborno» se define como el uso ilícito de un

---

<sup>241</sup> *Anexo España al Informe de lucha contra la corrupción de la UE* (disponible en [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014\\_acr\\_spain\\_chapter\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf); consulta febrero de 2014).

<sup>242</sup> *Anexo España ...*, ob. cit., pág. 4.

<sup>243</sup> MORA MOLINA, J. J., «Corrupción y rendición...», ob. cit., pág. 1, nota nº 1.

<sup>244</sup> El informe relativo al año 2014 está disponible en <http://www.transparency.org/cpi2014>.

Sobre corrupción en el sector público, véase también STANLEY, K. D., LOREDO, E. N., BURGER, N., MILES, J. N. V. y SALOGA, C. W., *Business Bribery Risk Assessment*, RAND Corporation, Santa Mónica, 2014, que recoge un completo informe sobre la propensión a la corrupción del sector público en todos los países del mundo.

<sup>245</sup> La define como «the abuse of entrusted power for private gain» en su página web: <http://www.transparency.org/whatwedo> (consulta febrero de 2014).

<sup>246</sup> *Corruption Perceptions Index 2014: Frequently Asked Questions* (<http://www.transparency.org/cpi2013/indetail#myAnchor1>; consulta abril de 2015). En sentido discrepante, MORA MOLINA, J. J., «Corrupción y rendición...», ob. cit., pág. 155 y nota nº 18. Sobre la relación de este índice y la aplicación de la FCPA, véase McLEAN, N. M., «Cross-National Patterns in FCPA Enforcement», *The Yale Law Journal*, vol. 121, nº 7, 2012, págs. 1970 a 2012, esp. págs. 2004 a 2008.

<sup>247</sup> *Ética pública y corrupción*, Estudio nº 2826, diciembre, 2009 (disponible en [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=10684](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=10684); consulta febrero de 2014).

<sup>248</sup> Elaborado por *Price Waterhouse Coopers* (disponible en [https://www.pwc.es/en\\_ES/es/servicios/forensic-services/assets/informe-delitos.pdf](https://www.pwc.es/en_ES/es/servicios/forensic-services/assets/informe-delitos.pdf); consulta febrero de 2014).

puesto oficial para conseguir una ventaja, contraviniendo así su obligación<sup>249</sup>. Este informe se completa con los resultados de la *Encuesta sobre fraude y delito económico 2014. Resultados en España*<sup>250</sup>.

Finalmente, también existen encuestas internacionales no basadas en el nivel de percepción sobre la corrupción, sino en la experiencia directa de ciudadanos que manifiesten haber recibido solicitudes de soborno por parte de servidores públicos. Se trata de la Encuesta Internacional a Víctimas del Delito (*International Crime Victimization Survey -ICVS-*) o Encuesta Internacional sobre Criminalidad y victimización (ENICRIV)<sup>251</sup>.

### 3.2. Estudios sobre corrupción entre particulares

Para poder tener una idea del nivel de corrupción privada existente, hemos de acudir a estudios referidos a la corrupción, que se fundamentan en la percepción que se tiene de la misma; y que, además, contengan mediciones sobre la corrupción privada.

Entre los escasos supuestos que cumplen estos requisitos cabe citar el *Informe sobre índices de fuentes de soborno de 2011*, elaborado por *Transparency International*<sup>252</sup>. Es el resultado de una encuesta a más de 3.000 ejecutivos de empresas de todo el mundo, acerca de sus puntos de vista sobre el grado en que las empresas de 28 de las principales economías del mundo participan en sobornos cuando hacían negocios en el extranjero

En concreto, se les preguntó, con base en sus relaciones de negocios como proveedor, cliente, socio o competidor, sobre la frecuencia con la que las empresas de cada sector realizaban alguna de estas conductas: i) sobornar a funcionarios públicos de bajo nivel por ejemplo, para acelerar los procesos administrativos y/o facilitar la concesión de licencias (el estudio lo denomina «a) Petty»); ii) efectuar contribuciones indebidas a políticos de alto nivel o partidos políticos para lograr influencia (el estudio lo denomina «b) Grand»); y

---

<sup>249</sup> *Informe sobre delitos ...*, ob. cit., pág. 38.

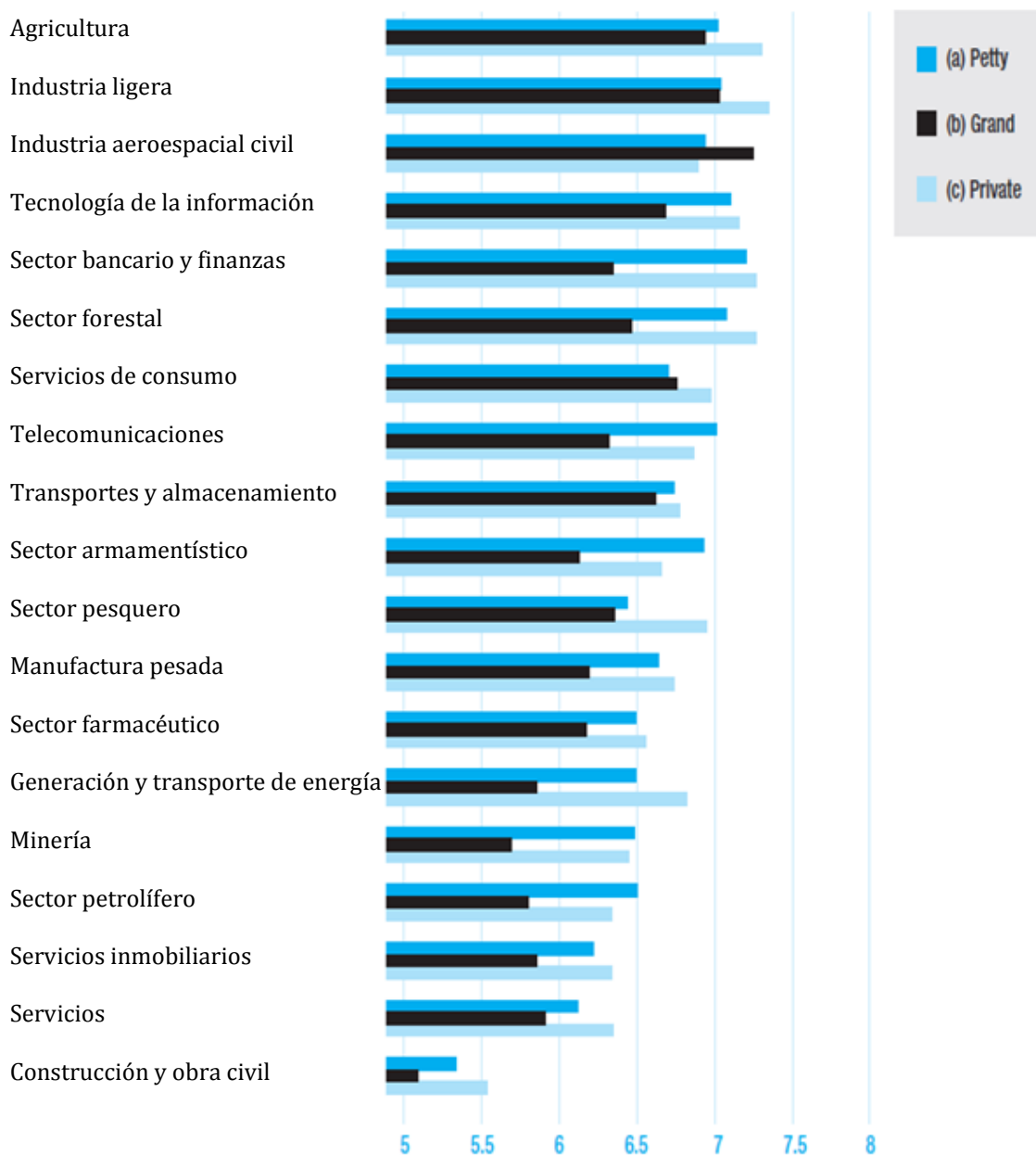
<sup>250</sup> Elaborado por *Price Waterhouse Coopers* (disponible en <http://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/encuesta-fraude-economico-2014.jhtml>).

<sup>251</sup> Esta es una encuesta internacional elaborada de forma sistemática y estandarizada (empleando una metodología común) en un gran número de países y que examina la experiencia ciudadana ante la delincuencia (experiencias o episodios de victimización), la actuación policial, la prevención del delito y los sentimientos de inseguridad. Al respecto, véase VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Extensión y tendencias...», ob. cit., págs. 390 a 394.

<sup>252</sup> *Bribe Payers Index Report 2011* (disponible en <http://bpi.transparency.org/bpi2011/results/>; consulta abril de 2015).

iii) pagar o recibir sobornos de otras empresas privadas (el estudio lo denomina «c) Private»).

La encuesta versó, por primera vez, sobre los actos de soborno que se pagan de una empresa privada a otra y se efectuó distinguiendo sectores de actividad. De tal modo que los sectores se califican en una escala de 0 a 10, donde una puntuación máxima de 10 se corresponde con la opinión de que las empresas de ese sector no se dedican a esta forma de soborno y un 0 se corresponde con la opinión de que siempre lo hacen. Los resultados obtenidos fueron los siguientes:



La conclusión del informe es que la probabilidad percibida por los encuestados de esta forma de soborno (privado o comercial) es casi tan alta como el soborno de los funcionarios públicos en todos los sectores. De manera que la percepción de los niveles de corrupción en ambos sectores no diferiría en demasía.

También cabe citar el estudio *Special Eurobarometer 374. Corruption* elaborado por la Comisión Europea, en el que se concluía que el 32% de los europeos asociaban a las personas que trabajan en empresas privadas con el soborno para su beneficio personal; siendo Suecia -con un 47%- el país en el que esta percepción era más fuerte<sup>253</sup>.

O el estudio *Look before you leap. Navigating risks in emerging markets*, elaborado por *Deloitte*, teniendo en cuenta la opinión de 126 ejecutivos de negocios sobre los riesgos a los que tenían que hacer frente sus empresas en los mercados emergentes. El 75% entendía que el soborno comercial era uno de los riesgos a los que debían hacer frente, considerando el 26% que era el riesgo más considerable de todos<sup>254</sup>.

Un estudio doctrinal, más limitado, que queremos destacar es el llevado a cabo por GREEN y KUGLER<sup>255</sup>, en los EE. UU. En este caso, se preguntó a personas escogidas al azar<sup>256</sup> sobre una serie de supuestos de soborno a empleados públicos y de empresas privadas. El resultado fue que el 96% de los encuestados consideraba que el soborno (entendido como pago para realizar un acto) a funcionarios se debía tratar como delito y casi el 80% de los participantes entendió que también debía serlo el soborno a empleados de una entidad privada (es decir, menos que en el contexto del soborno público, pero incluyendo un porcentaje sustancial).

Con respecto a la reprochabilidad de la conducta y la cantidad de castigo recomendado, el patrón es similar: la aceptación de un soborno por un funcionario público fue calificado con un 6,67 en la escala de reprochabilidad,

---

<sup>253</sup> *Special Eurobarometer 374. Corruption Report*, Comisión Europea, 2012 (disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_374\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_374_en.pdf); consulta mayo 2014), pág. 55.

<sup>254</sup> *Look before you leap. Navigating risks in emerging markets*, Deloitte, 2012 (disponible en [http://deloitte.wsj.com/cfo/files/2012/12/Look\\_Before\\_You\\_Leap\\_2012.pdf](http://deloitte.wsj.com/cfo/files/2012/12/Look_Before_You_Leap_2012.pdf); consulta mayo 2014), pág. 5.

<sup>255</sup> GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions of white collar crime culpability: bribery, perjury, and fraud», *Law and Contemporary Problems*, vol. 75, nº 2, 2012, págs. 33 a 59; también GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., págs. 49 a 54.

<sup>256</sup> Se trató de cincuenta y dos participantes (todos ellos americanos), de los cuales quince eran hombres; y treinta y siete, mujeres. Con una media de edad de 33 años.

mientras que la aceptación de un soborno por un empleado privado fue calificado con un 6,06; y, con respecto al castigo merecido, el soborno oficial fue calificado con un 5,90, mientras que el soborno comercial fue calificado con un 4,88<sup>257</sup>. Como dato añadido, cabe decir que un 36% de los encuestados también creían que las meras gratificaciones dadas en el ámbito comercial debían considerarse un acto criminal<sup>258</sup>.

En definitiva, la distinción entre los sobornos en el contexto público y los sobornos en el contexto comercial fue menos significativa de lo esperado; lo que se considera como «un hallazgo sorprendente» por los citados autores, dado que en EE. UU. no existe una norma federal específica que castigue el soborno comercial<sup>259</sup>.

#### **IV. LA DOCTRINA ESPAÑOLA**

##### **1. LA DOCTRINA MAYORITARIA**

La doctrina española, con carácter mayoritario, ha sido contraria a la tipificación penal del soborno entre particulares, atendiendo a criterios de política criminal. Los argumentos en contra son variados y se pueden resumir en los siguientes<sup>260</sup>:

1) No ha existido un previo debate serio sobre el merecimiento y necesidad de pena de las conductas tipificadas en el art. 286 bis CP.

2) La normativa administrativa y mercantil en materia de defensa de la competencia es más que suficiente para responder a las conductas de soborno recogidas en el art. 286 bis CP.

3) La amplitud con la que se describe la conducta típica en el Código Penal supone el castigo de hechos que no merecen reproche penal y, por otro lado, hay conductas que suponen un ataque más grave a la competencia que se mantienen fuera del Derecho penal.

---

<sup>257</sup> GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions...», ob. cit., pág. 47; GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 51.

<sup>258</sup> GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions...», ob. cit., pág. 46.

<sup>259</sup> GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions...», ob. cit., pág. 46. Sobre la regulación del soborno comercial en EE. UU., nos remitimos al capítulo de este trabajo que trata la cuestión de manera expresa.

<sup>260</sup> Cfr. BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *Indret*, 2/2013 (disponible en [www.indret.com/pdf/966\\_c.pdf](http://www.indret.com/pdf/966_c.pdf); consulta septiembre 2014), pág. 5.



4) Supone avanzar en la tendencia hacia un Derecho penal expansivo apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

### **1. Inexistencia de un previo debate sobre la necesidad del castigo**

Siguiendo la tradicional distinción de HEIDENHEIMER, se habla de tres tipos de corrupción: la negra, la blanca y la gris<sup>261</sup>. La «corrupción negra» supone que en relación con una acción en particular existe un consenso mayoritario de condena, tanto de las elites como de la opinión pública, y querrían verla castigada por razones de principio. La «corrupción gris» significa que algunos sectores, por lo general las élites, quieren ver una acción castigada, aunque otras no, y la opinión pública mantiene una posición ambigua al respecto. La «corrupción blanca» significa que tanto las élites como la opinión pública, probablemente, no apoyarían enérgicamente un intento de castigar formas de corrupción que se consideran tolerables.

En el caso de la corrupción entre particulares, para un sector doctrinal estamos ante un supuesto de «corrupción en blanco», por tratarse de conductas habituales y toleradas socialmente; por lo que es un fenómeno que, si bien no tiene por qué quedar impune, se considera que la forma más adecuada para su castigo no es el recurso al Derecho penal<sup>262</sup>.

Con la tipificación de este delito se pretende poner fin a la práctica, muy asentada en España (y por tanto, tolerada), de que la recepción de incentivos (comisiones) por parte de miembros de una empresa condicione la adquisición de bienes y servicios por parte de ésta, lo que se considera un elemento perturbador de las condiciones de competencia en el mercado<sup>263</sup>. Es decir, trata

---

<sup>261</sup> HEIDENHEIMER, A. J., «Perspectives on the Perception of Corruption», en HEIDENHEIMER, A. J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. T., *Political Corruption. Concepts & Contexts*, 3ª edición, Transaction Publishers, New Brunswick (New Jersey), 2002, págs. 141 a 154, esp. pág. 152.

<sup>262</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *Revista penal*, nº 10, 2002, págs. 55 a 69, esp. pág. 61; CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción... », ob. cit., págs. 165; DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y corrupción: respuestas, carencias, resultados, posibilidades», *Jueces para la democracia*, nº 80, julio 2014, págs. 47 a 73, esp. pág. 52, nota nº 3.

<sup>263</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Director) y PASTOR MUÑOZ, N. (Coordinadora), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, págs. 419 a 436, esp. pág. 420; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los delitos patrimoniales y económico-financieros», *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010. También BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 4. Y NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción entre particulares», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011; y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de

de contribuir a que sea la mejor oferta para la empresa la que resulte acogida por ésta y no aquella que vaya acompañada de incentivos particulares para sus empleados, colaboradores, directivos o administradores<sup>264</sup>.

Si ello es así, surge la siguiente cuestión<sup>265</sup>: por qué estas conductas se han elevado a la categoría de infracción criminal, cuando pueden considerarse simplemente una práctica que sólo afecta al ámbito privado. No serían más que una parte del negocio entre los afectados, que en nada interesa a terceros y menos aún afecta en modo alguno a la estructura básica de un Estado, dejando tales prácticas al libre albedrío de los contratantes como una parcela de la autonomía de la voluntad, porque sólo a ellos concierne y no al interés general.

Si en una empresa existe el acuerdo de recibir regalos de cuantía importante para contratar el suministro con una determinada persona física o jurídica y no con otra que fabrique los mismos productos, la cuestión es por qué ha de inmiscuirse el Estado con la amenaza del Derecho Penal.

## **2. Normativa suficiente para luchar contra la corrupción privada**

Un amplio sector doctrinal se ha mostrado muy crítico respecto a la legitimidad de la intervención penal a través de un delito específico de corrupción privada. Si partimos de la base de que no existiría una obligación por parte de los empresarios, sus subordinados y colaboradores de dar un trato igualitario a los competidores, de manera que no existe un deber de imparcialidad, no toda manifestación de corrupción ha de ser recogida en el Código Penal, teniendo en cuenta el alcance expansivo de este fenómeno<sup>266</sup>.

Lo que se discute es si la vía elegida es la más adecuada y si está plenamente justificada, considerando la necesidad de concretar la específica

---

corrupción entre particulares», en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 105 a 119, esp. pág. 106.

<sup>264</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 420.

<sup>265</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», en *La Corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 93 a 103, esp. págs. 93 y 94; y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, diciembre 2011, págs. 9 a 19, esp. pág. 11.

<sup>266</sup> Cfr. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y corrupción en el deporte», en MUÑOZ CONDE, F. (Director) y DEL CARPIO DELGADO, J. y GALÁN MUÑOZ, A. (Coordinadores), *Análisis de las Reformas Penales. Presente y Futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 351 a 376, esp. pág. 354.

lesividad de los comportamientos que justifique la intervención del Derecho Penal<sup>267</sup>.

Desde este punto de vista, se precisa<sup>268</sup> que parece razonable proponer que sean las leyes administrativas y las civiles las que regulen convenientemente la competencia en el sector privado, dejando para el ordenamiento criminal las infracciones más graves cometidas en este concreto ámbito, susceptibles además de originar un perjuicio tangible en los particulares y como infracción de resultado y nunca de riesgo.

Si se concluyera que los mecanismos mercantiles y administrativos no eran suficientes para abordar el problema ahora criminalizado, por el contrario no se ha examinado suficientemente cuál ha de ser el papel general del Derecho Penal en la protección de la competencia, y además una tipificación aislada corre el riesgo de incurrir en problemas de proporcionalidad<sup>269</sup>.

En suma, se considera que las conductas típicas podían encontrar otro frente sancionador, no solo penal, sino también administrativo-sancionador y, en su caso, civil<sup>270</sup>, sin necesidad de acudir a la creación de un tipo específico y particular; ya que se entiende que son más útiles otros mecanismos correctores de los sobornos privados, sin necesidad de acudir a la sanción penal<sup>271</sup>.

## **2.1. La normativa administrativa sobre protección de la competencia**

En primer lugar, para reaccionar frente a conductas que alteran la competencia leal se contaría con lo establecido en Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo artículo 14 regula la inducción a la infracción contractual. Este artículo considera como acto de competencia desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. En

---

<sup>267</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Director), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 425 a 451, esp. págs. 431 y 432.

<sup>268</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción entre particulares», en JUANES PECES, A. (Director) y ALBA FIGUERO, M. C. (Coordinadora), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, págs. 225 a 242, esp. pág. 226.

<sup>269</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 421.

<sup>270</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 6.

<sup>271</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 227.

este ámbito, la doctrina considera incluidos la entrega de dádivas a empleados de una empresa para obtener de ellos una determinada actuación<sup>272</sup>.

Como complemento, el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, regula el falseamiento de la libre competencia por actos desleales<sup>273</sup>. Tal precepto señala que la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 se considera una infracción grave (art. 62.3, letra c) LDC), susceptible de ser castigada con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1, letra b) LDC); y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios la sanción es la multa de 500.001 a 10 millones de euros (art. 63.3 LDC).

Desde esta perspectiva, las conductas recogidas en el art. 286 bis CP serían subsumibles en los tipos sancionadores recogidos en las normas de Defensa de la Competencia y en el Derecho contra la Competencia Desleal<sup>274</sup>. De dichas normas se deduce:

1) Que tienen como expresos objetivos, precisamente, los de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contra el interés público (Ley de Defensa de la Competencia), así como la persecución de ciertas conductas que, implicando verdadera competencia, rebasan determinados límites, concretamente, las exigencias de la buena fe (Ley de Competencia Desleal)<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 59.

<sup>273</sup> Sobre este precepto, véase MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en SALA ARQUER, J. M., MASSAGUER FUENTES, J., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 218 a 243.

<sup>274</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 319 a 329, esp. pág. 322; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 669 a 685, esp. pág. 673. NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado o corrupción de empleados», en GÓMEZ RIVERO, M. C. (Coordinadora), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 474 y ss., esp. pág. 475. Y CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre particulares», *Lex Nova online* (disponible en <http://www.reformapenal.es/2012/02/22/la-corrupcion-entre-particulares/>; consulta mayo 2015), págs. 1 y 2.

<sup>275</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 322; VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 673.

2) Sancionan asimismo otras conductas, esencialmente consumadas por las empresas, con una capacidad lesiva de la competencia extraordinariamente superior a la llamada corrupción entre particulares, sin que en ningún momento se haya planteado la necesidad de su conversión en comportamientos delictivos y manteniendo su ilicitud administrativa tan sólo para supuestos de esencial gravedad en la afectación de la competencia<sup>276</sup>.

En consecuencia, se considera que no está justificada la sanción penal de los ataques a la competencia, por lo que si la transgresión de la competencia es inmediata, el Derecho Penal debe abstenerse de intervenir, y sólo cuando mediatamente se afecten por esa vía otros intereses individuales o colectivos «más densos» cabría el castigo criminal<sup>277</sup>.

## **2.2. El despido disciplinario en el ámbito laboral**

En segundo lugar, para reaccionar frente a este tipo de comportamientos cabría acudir a mecanismos laborales. Así, en lo que respecta al incumplimiento de deberes del empleado, existe el despido disciplinario laboral o la resolución del contrato civil por incumplimiento de obligaciones y la trasgresión de la buena fe. Además, en ambos casos con la posibilidad de ejercer la acción de indemnización por responsabilidad civil.

En tal sentido, el artículo 54.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. A su vez, el artículo 54.2, letra d), señala que se considerarán incumplimientos contractuales la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Desde este punto de vista, un ejemplo paradigmático de trasgresión de la buena fe contractual es la aceptación de regalos, sobornos o cualesquiera otra ventaja por parte del trabajador destinada a hacerle incumplir al trabajador los deberes derivados del contrato de trabajo; lo que cobra particular relevancia, precisamente, cuando el trabajador tiene confiada la intervención en la realización de negocios en nombre del empresario<sup>278</sup>. Es decir, el pago de una

---

<sup>276</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 323; VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 674.

<sup>277</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 228.

<sup>278</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 58.

cantidad como consecuencia del acuerdo entre el empleado y el corruptor genera una «desviación de intereses», porque el empleado ya no actúa en interés de su empleador, sino en el suyo propio<sup>279</sup>.

Por ello, se considera que la opción de fundamentar el castigo penal de la corrupción privada en el incumplimiento de obligaciones de lealtad, es muy discutible, por tratarse de un «delito formal», dirigido a reforzar una normativa extrapenal; y ser una opción contraria al principio de subsidiariedad, dado que existen otras ramas del ordenamiento que son suficientes para responder ante estas conductas (normas laborales y de responsabilidad civil)<sup>280</sup>.

De lo que resulta, que si el modelo que quiere seguirse en la incriminación de estas conductas es el de la tutela de la competencia, debería exigirse una mayor y más evidente lesividad de las mismas, que denote la afectación a relevantes reglas del mercado y a los intereses de los competidores y/o de los consumidores y no tanto a deberes de fidelidad del empleado o administrador respecto de la sociedad para la que trabaja<sup>281</sup>.

### **2.3. Delitos recogidos en el Código Penal**

En tercer lugar, existían delitos en el Código Penal en los que se podían incluir algunas de las conductas ahora tipificadas en el art. 286 bis CP, dado que se trata de comportamientos que ya eran punibles de la mano de los delitos societarios al tratarse de supuestos próximos a la autocontratación y al indudable beneficio propio, sin reportar beneficio alguno a la sociedad<sup>282</sup>.

Desde esta perspectiva, se considera que había otras figuras delictivas ya presentes en nuestra legislación penal que podían, aunque fuera indirectamente, servir para dotar de protección a los intereses patrimoniales implicados, englobando algunas de las conductas más graves.

---

<sup>279</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho Penal español?», en DIEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 257 a 290, esp. pág. 277.

<sup>280</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., págs. 281 y 287. En sentido similar, GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09-13, 2007 (disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>; consulta noviembre de 2011), págs. 1 a 35, esp. pág. 27.

<sup>281</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 432.

<sup>282</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pág. 625.

La doctrina ha discrepado sobre cuál era el alcance de la aplicación de algunos delitos ya existentes a los supuestos de corrupción.

### **2.3.1. Apropiación indebida/administración desleal**

CASTRO MORENO entiende que las conductas de corrupción privada activa no eran punibles antes de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ni debían serlo. Pero, por otra parte, las conductas de corrupción privada pasiva sí podían ser reprendidas en los casos más graves por la vía del delito de apropiación indebida, sin que debieran resultar punibles con carácter general<sup>283</sup>.

En primer lugar, afirma que con anterioridad a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la corrupción privada activa no era punible, ni había razón suficiente para que debiera serlo. El directivo de la empresa que abona una comisión a otro para obtener un favorecimiento para su empresa (en perjuicio de la posible competencia), actúa indiscutiblemente en beneficio de su propia empresa. La obligación de todo administrador es, precisamente, pretender el mayor beneficio para su entidad, de forma que quien actúa de la forma descrita no puede estar incumpliendo sus obligaciones específicas. No está siendo desleal con su propia empresa, que es la única con la que tiene obligaciones. Se podría decir que está ejerciendo una competencia desleal con terceras empresas o profesionales, pero esa deslealtad es genérica, es universal, mientras que las obligaciones penalmente contempladas deben ser de especial intensidad para justificar el recurso al Derecho Penal. En suma: ni se es desleal con la propia empresa (única con la que se tienen obligaciones especiales) porque se busca su beneficio, ni se es desleal con terceros competidores, porque el sujeto no tiene ninguna obligación de especial intensidad con estos terceros que legitime el recurso al *ius puniendi* estatal.

Pero, para este autor, la cuestión resulta más discutible cuando se trata de la incriminación de las conductas de corrupción pasiva. En estos casos, con carácter general, también debe predicarse su impunidad hasta el artículo 286 bis CP. En efecto, la percepción por parte del administrador de comisiones entregadas por la sociedad beneficiaría, a cambio de realizar la operación, no es constitutiva de estafa (ni existe engaño, ni quien la entrega lo hace por error), ni

---

<sup>283</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción privada», en *El nuevo Código Penal*, XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010 (disponible en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura\\_P/1215198020178/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1215198020178/Detalle.html); consulta noviembre de 2014).

de apropiación indebida (pues el dinero es entregado por su legítimo titular libre y voluntariamente); y tampoco puede resultar constitutiva de un delito de administración desleal de sociedades<sup>284</sup>, pues por sí sola no perjudica a la sociedad dirigida por el administrador que la recibe<sup>285</sup>. Sólo será, en su caso, el móvil del autor, pero éste carece de relevancia jurídico-penal<sup>286</sup>.

Pese a esta afirmación general, considera que hay casos concretos (incluso muy numerosos en la práctica), cuya tipificación penal sí resultaba posible mediante la aplicación de los tipos generales de defraudación y, en concreto, del delito de apropiación indebida<sup>287</sup>. Serían los siguientes:

1) Cuando el coste del soborno se integra en el precio final de la operación, aumentándose éste en el importe del beneficio o ventaja solicitado, aceptado o recibido. En tal caso, podríamos estar ante un delito de apropiación indebida, por cuanto la parte del precio incrementado que debe abonarse, que se corresponde con la cuantía de la dádiva solicitada o aceptada, es abonada por la entidad sin contraprestación alguna.

2) Cuando el administrador de una empresa solicita una comisión a un tercero proveedor, a cambio de adquirir mercancías de éste y no de la competencia, elevando el precio que debe pagar la entidad por la mercancía para incluir en él el importe de la dádiva. En este caso, el administrador está disponiendo con carácter definitivo de esa parte del pago a favor de sí mismo y en perjuicio de la entidad administrada, lo que debería dar lugar a un delito de apropiación indebida. Se trata de una apropiación en toda regla que trae causa de un negocio criminalizado al resultar su causa ilícita. El dinero que recibe el

---

<sup>284</sup> Sobre apropiación indebida y administración desleal, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, *passim*; DEL ROSAL BLASCO, B., «Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995», en MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinadores), *El Nuevo Derecho Penal Español: Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, págs. 1249 a 1271, *passim*; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo...*, ob. cit., págs. 1207 a 1226, *passim*;

<sup>285</sup> CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 325; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>286</sup> CASTRO MORENO, A., *El delito societario...*, ob. cit., pág. 325; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>287</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 619 a 633, esp. pág. 622.



administrador proviene de su propia sociedad y la entidad pagadora administrada es la que soporta finalmente el pago de la dádiva.

Para otros autores, estas conductas guardan una estrecha vinculación con los conceptos tanto de competencia desleal como de administración desleal, lo que conlleva importantes dificultades a la hora de deslindar el núcleo de la corrupción privada y sancionarla debidamente<sup>288</sup>.

Sin perjuicio de ello, un sector doctrinal considera que sí quedaban incluidas en el delito de administración desleal del art. 295 CP<sup>289</sup>, que aunque no tenía por qué englobar todos los supuestos que encajarían en el actual art. 286 bis CP, sí permitía castigar los más graves; esto es, los casos de corrupción activa y pasiva en los que tanto el que corrompe como el corrompido causaran, por su comportamiento desleal para la sociedad para la que trabajaban, un perjuicio patrimonial a ésta<sup>290</sup>. Desde esta perspectiva no se justificaría plenamente la punición del hecho como delito de corrupción independiente<sup>291</sup>.

Igualmente parece que ofrecería alguna posibilidad de punición el delito de apropiación indebida, no sólo para el caso del corrompido cuando solicita una dádiva que se integra en el precio que su sociedad ha de pagar por la contratación, lo que eleva el precio de ésta -y parte del cual va a parar a manos del administrador o empleado de la sociedad-, sino también en el caso del corruptor que dispone de fondos de la sociedad para el pago del soborno<sup>292</sup>.

### **2.3.2. Otros delitos económicos**

También se ha apuntado que, indirectamente podrían brindar una protección frente a los actos de corrupción tanto el delito fiscal, en la medida en que no se declaren los beneficios obtenidos, como el delito de infracción de los deberes contables<sup>293</sup>.

### **2.3.3. Cohecho de funcionarios públicos**

Para proteger frente a estas conductas de corrupción privada, un sector doctrinal entiende que cabría acudir al delito de cohecho, dado el amplio

---

<sup>288</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, págs. 225 a 243, esp. pág. 227.

<sup>289</sup> Hoy suprimido por la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>290</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 441 y 442.

<sup>291</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 441.

<sup>292</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 442.

<sup>293</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 442.

concepto de funcionario público que recoge el art. 24 CP. Si las razones para la intervención penal, mediante la incorporación del delito de corrupción entre particulares, se basan en la creciente privatización de los servicios públicos y la evitación de lagunas de punición de las conductas que ahora se desarrollan en un ámbito privado (antes público), se puede extender el concepto de funcionario a aquellos que participen en la prestación de tales servicios<sup>294</sup>.

A lo que se añade que no es factible equiparar estas conductas de corrupción privada con las que cometen los funcionarios públicos, dada la disparidad de deberes que atañen a los mismos respecto a los particulares<sup>295</sup>; y porque ambas son legal y estructuralmente diversas: la primera, acontece dentro del ámbito de la prestación de servicios públicos a los ciudadanos y la segunda, dentro de la esfera del beneficio como fin esencial de la actividad de los que dominan el mercado<sup>296</sup>.

### **3. Amplitud de la conducta típica**

Un tercer argumento contrario a la tipificación de la corrupción privada que se efectúa por la doctrina es la relativa a la amplitud y laxitud con la que se recogió el tipo penal en la reforma del Código Penal de 2010. Ello produce diversos efectos negativos.

#### **3.1. En relación con los principios del Derecho Penal**

El primer efecto negativo es que, al ser la redacción de la conducta excesivamente amplia, da cobijo a multitud de supuestos de escasa lesividad<sup>297</sup>. Desde este punto de vista, la incriminación generalizada de cualquier tipo de contraprestación de un agente económico a otro con el fin de que sea preferido en la contratación, chocaría con el carácter fragmentario del Derecho Penal, especialmente en los casos en los que la ventaja concedida ha sido conocida y consentida por el empresario<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 287.

<sup>295</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción entre particulares», en *La reforma del Codi Penal (número monogràfic)*, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 143 a 154, esp. pág., 147; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 226.

<sup>296</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 625.

<sup>297</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 127.

<sup>298</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre privados», en *La armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al nº 2015, págs. 217 a 224, esp. pág. 220.

En realidad, mediante este delito se castigan conductas que, por ilícitas y lesivas que sean, no justifican la entrada en juego del *ius puniendi*, que se extendería peligrosamente sobre un área cuya tutela debe estar esencialmente encomendada a otras instancias jurídicas de control<sup>299</sup>. El propio tenor de la figura carece de la taxatividad necesaria para distinguir la infracción penal de otras infracciones no penales, configurándose como un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que contraviene así el principio de intervención mínima<sup>300</sup>.

Por otra parte, la amplitud y variedad del artículo 286 bis CP contribuye a la confusión a la hora de establecer unas pautas claras y precisas para su interpretación y aplicación<sup>301</sup>; a lo que se añaden la vaguedad y la indeterminación de los términos empleados que impide conocer cuál es la auténtica esencia del delito objeto de estudio y, consecuentemente, cuál es la razón de su represión en el Código Penal<sup>302</sup>.

Algunos autores, aceptando el acierto de la creación de este delito, entienden que se ha diseñado con unos perfiles excesivamente difusos<sup>303</sup>.

### **3.2. En relación con la competencia**

En este aspecto, se indica por parte de la doctrina que, aun aceptando que se configure el tipo del art. 286 bis CP como un delito de peligro para la lealtad competitiva, en él se comprenden comportamientos que no distorsionan las reglas de competencia y no constituyen actos de competencia desleal<sup>304</sup>. Como ejemplo de un comportamiento, en principio típico, pero respecto al que parece conveniente dejar al margen de la intervención penal se cita el siguiente: la conducta de ofrecer al responsable de un establecimiento de restauración una propina para que consiga una mesa, cuando el local está completo y hay varias personas esperando<sup>305</sup>.

---

<sup>299</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 25.

<sup>300</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 229.

<sup>301</sup> MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 354.

<sup>302</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 13.

<sup>303</sup> DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y...», ob. cit., pág. 52.

<sup>304</sup> BLANCO CORDERO, I., «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas» *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010.

<sup>305</sup> BLANCO CORDERO, I., «La reforma de los delitos...», ob. cit. En nuestra opinión, este supuesto es atípico, porque, como veremos al tratar la conducta típica, la misma ha de producirse en un contexto de competencia, de concurrencia entre competidores. Mientras que en el caso de la propina es el consumidor final el que lleva a cabo el acto y, por definición, entre consumidores no hay un contexto de competencia.

Otro efecto negativo de la tipificación de la conducta en los términos en que se ha llevado a cabo es, según la doctrina crítica, que hay conductas lesivas de la competencia cuya gravedad es superior a la de las conductas de corrupción tipificadas penalmente, pero que, sin embargo, se han mantenido en el ámbito mercantil y administrativo<sup>306</sup>.

Además, se añade que la entrega de regalos o dádivas en determinados ámbitos de actividad es una conducta habitual y tolerada socialmente, por lo que este contexto resultaría contrario al principio de *ultima ratio* incriminar esta conducta<sup>307</sup>.

### **3.3. No se somete a condición objetiva de punibilidad**

Una muestra de la amplitud de la conducta se quiere ver también en el hecho de que no se somete la consumación a ninguna condición objetiva de punibilidad ni se exige una efectiva lesión de la competencia entre las empresas, al tratarse de un delito de mera actividad que adelanta el umbral punitivo<sup>308</sup>.

Tal adelantamiento de las barreras de protección se manifiesta en varios sentidos: castigando conductas de mero favorecimiento, convirtiendo en autoría conductas de participación, castigando actos materialmente preparatorios o ejecutivos pero que formalmente determinan la consumación del delito (delito de emprendimiento) y sancionando conductas de deslealtad sin perjuicio patrimonial efectivo<sup>309</sup>.

No era necesaria una anticipación de la intervención penal como la que se ha operado, por lo que podría haberse tipificado de modo que se atendiera mejor no sólo a los principios de taxatividad y certeza, sino también a los de intervención mínima y lesividad del comportamiento incriminado y todo ello redundaría en una mayor seguridad jurídica y en una mayor efectividad del precepto<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 421.

<sup>307</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 61.

<sup>308</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 227; GONZÁLEZ BLES, F. J., «Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP», *noticias.jurídicas.com*, 26 de mayo de 2012 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp-/>; consulta junio 2013).

<sup>309</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 17.

<sup>310</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 427.

Por ello, aun cuando se acepte que el delito debe existir por la necesidad de cumplir con instrumentos normativos internacionales, se propugna una interpretación restrictiva del mismo<sup>311</sup>.

#### **4. Tendencia hacia la expansión del Derecho Penal**

La inclusión de este delito en nuestro ordenamiento y en los de nuestro entorno se ha calificado como una expansión del Derecho Penal.

Así, aceptando que se ha ampliado la tradicional consideración del fenómeno de la corrupción, que se había ligado siempre al ejercicio de funciones públicas, se señala<sup>312</sup> que la referida evolución enmascara, en realidad, una concreta estrategia. La misma se fundamenta en el interés de los agentes económicos internacionales más poderosos que, en el marco de la llamada «globalización» y so pretexto de una campaña general para lavar su mala imagen ligada a los escándalos económicos de las últimas cinco décadas, pretenden recuperar prestigio y autoridad moral en la política (económica) internacional, ajustando sus modelos de gestión y organización empresarial a la llamada ideología de la *corporate governance* y forzando la imposición de tal modelo mediante su acogimiento en los ordenamientos jurídicos estatales. Desde este punto de vista, la prohibición de la corrupción como estrategia empresarial, no sería entonces sino una regla más de buen gobierno, cuyo cumplimiento se respalda con sanciones penales<sup>313</sup>.

Se considera, por este sector doctrinal, que se produce un progresivo asentamiento de la idea de una nueva ética empresarial (*corporate governance*), que tiene su reflejo en nuevas estrategias de dirección, organización y control interno, mediante las que se pretende que las empresas aparezcan socialmente como «buenos ciudadanos», respetuosos de la legalidad y comprometidos con diversos intereses públicos<sup>314</sup>. De manera que la *corporate governance* y las iniciativas que en torno a ella se han generado aclaran y contextualizan también el interés por la corrupción privada, que no pretende otra cosa que dar

---

<sup>311</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 290; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 13; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., págs. 17 y 18.

<sup>312</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 321; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 672.

<sup>313</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 321; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 672.

<sup>314</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., pág. 8.

cobertura penal a una regla de buen gobierno empresarial, mediante un delito cuyo merecimiento y necesidad de pena resulta complejo de comprender<sup>315</sup>.

En igual línea, se dice que, si se atiende a la confusa y extensa redacción del tipo del art. 286 bis CP descubriremos que se ha utilizado la tutela penal de la competencia como excusa, al calor del mandato comunitario, para imponer códigos de buena conducta en las empresas y sociedades mercantiles, pues no se ha recogido expresamente la necesidad de que la actividad ilícita provoque el desajuste de la competencia<sup>316</sup>.

En definitiva, se evidencia un nuevo hito en la tendencia expansiva del Derecho Penal, lo que se relaciona con los siguientes elementos<sup>317</sup>:

1) Se incrimina el comportamiento venal (principalmente de los administradores o empleados de las empresas en el ámbito de sus responsabilidades en los negocios) por la mera concurrencia de la venalidad, no por la lesividad de esas conductas venales respecto de la libre competencia.

2) Se opta por la estructura de un delito de mera actividad, cual es la del delito de cohecho, estructura típica que no venía impuesta por la Decisión Marco, y no por un delito de resultado.

3) Bajo la aparente pretensión de velar por un orden concurrencial no falseado o un buen funcionamiento del mercado y la intencionada omisión de la incriminación de actos de corrupción entre empresarios (los clásicos actos prohibidos por el Derecho de Defensa de la Competencia, cuya sanción se mantiene en el ámbito administrativo) se introducen en realidad parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética (a la falta de ética de los trabajadores), en la decisión de extender el transversal fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno entre particulares.

## **2. LAS POSICIONES MINORITARIAS**

Frente a estas consideraciones mayoritarias, se ha opuesto que la clasificación, incluso de las infracciones graves contra la competencia, como

---

<sup>315</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., pág. 6, nota nº 12.

<sup>316</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 229; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 355.

<sup>317</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 323; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 674.

meras infracciones administrativas, es errónea y ya no es justificable en el sistema total del Derecho Penal<sup>318</sup>.

Este sector ha entendido que todos los mecanismos legales descritos anteriormente eran insuficientes para la eliminación de estas conductas. En tal sentido, se indica que el propio legislador ha entendido que, tras muchos años de vigencia, las normas administrativas y mercantiles existentes en la materia no son suficientes para evitar o reducir este tipo de conductas<sup>319</sup>; por lo que pese a existir mecanismos de protección en sectores extrapenales, la tutela de los diversos intereses protegidos resultaba más teórica que práctica<sup>320</sup>.

En cuanto a los tipos penales ya existentes, si bien la tipología que se asemejaba vagamente a la corrupción privada era la administración desleal societaria, no se podían considerar coincidentes, dado que ésta requiere una disposición de bienes de la sociedad y un perjuicio económicamente evaluable para la misma<sup>321</sup>; mientras que tal perjuicio no se exige en la corrupción privada, por lo que los actos ahora subsumibles en este delito eran impunes si no resultaba probado un perjuicio para la sociedad<sup>322</sup>. En consecuencia, el delito de administración desleal mostraba una idoneidad muy limitada a la hora de comprender supuestos característicos de este tipo de actos: la inexistencia de una infracción del deber de lealtad, la imposibilidad de constatar un perjuicio patrimonial o la relevancia del consentimiento del propio empresario hacían que la aplicación de la administración desleal a estos supuestos resultara sumamente discutible, sobre todo a la luz de la prohibición de interpretaciones extensivas de los tipos penales<sup>323</sup>.

Por tanto, existía una cierta necesidad en el ordenamiento jurídico penal español de introducir un tipo que regulara específicamente las conductas fundamentales de la corrupción privada. No sólo las regulaciones extra-penales se estaban mostrando como inadecuadas, o al menos ineficaces, para hacer

---

<sup>318</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)», en *Compliance y Derecho Penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 153 a 166, esp. pág. 157.

<sup>319</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 491.

<sup>320</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 232.

<sup>321</sup> Según la redacción del art. 295 CP antes de su supresión por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>322</sup> PALOMO DEL ARCO, A., «El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados Miembros», *Revista General de Derecho Penal*, nº 1, mayo 2004.

<sup>323</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., págs. 232 y 233.

frente a este tipo de delincuencia, sino que incluso los tipos penales existentes no parecían ofrecer una tutela efectiva de los bienes jurídicos en juego<sup>324</sup>.

## V. TOMA DE POSTURA

A nuestro juicio, el Derecho Penal debe castigar la corrupción en el sector privado. Esta es una conclusión aceptada en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno cultural, donde tienen gran importancia los instrumentos y convenios internacionales contra la corrupción. Precisamente porque se toman en consideración los efectos económicos y sistémicos de este tipo de corrupción, que a diferencia de las conductas clásicas referidas a la probidad de los funcionarios, suponen la protección de otros bienes jurídicos distintos del funcionamiento de la Administración Pública<sup>325</sup>.

Todo lo dicho hasta ahora nos permite afirmar que los delitos de corrupción han superado su tradicional naturaleza de delitos contra la Administración (basados en el quebrantamiento de deberes por los empleados públicos) para ser conceptuados como delitos de esencia y contenido económico<sup>326</sup>. El castigo de estas prácticas ha trascendido del estricto ámbito de la Administración (Pública o de Justicia) y abarca ya formas semejantes de abuso de poder aplicadas en las relaciones económicas nacionales e internacionales de carácter privado<sup>327</sup>.

Este cambio de concepción -de delito referido a funcionarios a delito que protege bienes de naturaleza económica- es fundamental para justificar el castigo penal de la corrupción privada. Son los efectos económicos<sup>328</sup> de esta forma de corrupción los que nos permiten acudir al Derecho Penal, como respuesta frente a otras menos rigurosas, como serían la normativa administrativa de protección de la competencia o la introducción de códigos éticos en la actividad empresarial<sup>329</sup>.

---

<sup>324</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 233.

<sup>325</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIAN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal...», ob. cit., págs. 24, 25 y 27.

<sup>326</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a...», ob. cit., pág. 3, nota 8.

<sup>327</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 5.

<sup>328</sup> Que pueden ser «devastadores», BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIAN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal...», ob. cit., pág. 29.

<sup>329</sup> Sobre esos otros instrumentos, véase PEREIRA, B., «Éthique commerciale...», ob. cit., puntos 7, 16 y 24.



El punto de inflexión en esta modificación de la perspectiva lo marca la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de 1977<sup>330</sup>, dictada por los EE. UU, y que persigue a las empresas norteamericanas que realicen sobornos de funcionarios públicos en el extranjero<sup>331</sup>. Es una norma que castiga al empresario que soborna, no al funcionario sobornado, y lo hace por los efectos que producen los actos de soborno tanto en la competencia, como en las propias empresas que acceden a realizar esos actos<sup>332</sup>. Es decir, el castigo se fundamenta no en el daño del soborno para la causa pública, sino en los efectos negativos del soborno desde el punto de vista de la ineficiencia económica, especialmente desde el punto de vista de la competencia, porque en este modelo económico (que no público/funcionarial) de corrupción el objeto de protección es sobre todo la

---

<sup>330</sup> 15 U.S.C. §§ 78dd-1 y ss.

<sup>331</sup> La *FCPA* fue aprobada por el Congreso Federal de los Estados Unidos en 1977, después de que las investigaciones que siguieron al caso *Watergate* pusieran al descubierto que el soborno de funcionarios extranjeros era una práctica extendida entre las compañías norteamericanas que operaban fuera del país. Tras su aprobación, EE. UU. se convirtió en el primer país en prohibir este tipo de prácticas.

En la *FCPA* pueden distinguirse dos grupos de normas. El primero, está constituido por las disposiciones destinadas propiamente a prevenir y castigar la corrupción en el ejercicio de la actividad económica -*antibribery provisions*-, particularmente, en aquella parte de actividad que se desarrolla en el extranjero. Así se prohíbe a las personas y empresas estadounidenses -y a las extranjeras que guarden con los EE. UU. alguno de los puntos de conexión que se establecen- entregar u ofrecer, directa o indirectamente, a los «funcionarios», miembros de partidos políticos o candidatos a ocupar algún cargo público, de aquellos terceros países en los que operen, dinero u otro bien o ventaja económica, a cambio de obtener cualquier tipo de beneficio o influencia para el ejercicio de sus negocios. El incumplimiento de esta prohibición es constitutiva de delito, además de poder dar lugar al ejercicio de acciones civiles contra los infractores. El segundo grupo, está formado por normas que imponen a las empresas que operen en EE. UU. ciertas obligaciones contables y de información destinadas a que todas sus transacciones económicas se reflejen fielmente; a la implantación de sistemas adecuados de control interno, que permitan supervisar la existencia efectiva del citado registro; y a que las transacciones hayan sido debidamente autorizadas por la dirección de la compañía y ejecutadas siguiendo sus directrices.

Uno de los aspectos más relevantes de esta norma es que puede aplicarse extraterritorialmente a personas físicas y jurídicas que no sean estadounidenses e incluso que no operen directamente en los EE.UU. Ello se debe a que la *FCPA* prevé su aplicación a personas físicas y jurídicas estadounidenses, pero también a: i) empresas extranjeras cotizadas en bolsa de valores estadounidenses (*issuer*); ii) empresas extranjeras que cumplen con el requisito de un nexo jurisdiccional con los EE.UU.; y iii) personas físicas relacionadas con dichas entidades (gerentes, empleados, directores, socios, agentes, etc.).

La bibliografía sobre la *FCPA* es ingente, si bien una excelente síntesis de su contenido, alcance y supuestos conocidos en que ha sido aplicada puede consultarse en DETZNER, J. A., «Compañías y personas no estadounidenses y la *FCPA*: la ley contra prácticas corruptas en el extranjero», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 796, 15 de abril de 2010, págs. 1 a 12 (traducción del original «Non-U.S. Companies and Persons and the *FCPA*: The Foreign Corrupt Practices Act», *Foreign Corrupt Practices Act Reporter*, Publisher's Editorial Staff, 2010), *passim*.

<sup>332</sup> Con más detalle, véase NIETO MARTÍN, A., «La privatización de la lucha contra la corrupción», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era...*, ob. cit., págs. 191 a 210, esp. págs. 193 a 196; y NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, nº 12, 2003, págs. 3 a 26, esp. págs. 6 a 14.

competencia leal entre empresas en el comercio internacional<sup>333</sup>. En suma, la norma pone el acento en perseguir el hecho del soborno en sí, por sus efectos económicos negativos y no por la posible relación que guarde el hecho con el incumplimiento de los deberes del funcionario.

Se puede afirmar que fue una mezcla de moralismo y de interés propio la que motivó la promulgación inicial de la *FCPA*, como medio para acabar con el soborno y promover los intereses económicos de EE. UU., aunque posteriormente se ha añadido un elemento más: promover el desarrollo económico de los países más desfavorecidos<sup>334</sup>. La *FCPA* orbita alrededor de la persecución del soborno por sus efectos económicos negativos (tan es así, que no castiga al funcionario que se deja sobornar). De tal manera que no obedece a la protección de Administración, sino a evitar comportamientos anticompetitivos<sup>335</sup>.

La *FCPA* constituyó el primer momento de esta consideración de los delitos de corrupción. Una segunda etapa vino constituida por la proliferación de convenios internacionales, a partir de la década de 1990, que se centraron en la corrupción en todas sus manifestaciones (pública y privada). Esta segunda etapa tiene su germen en que la aplicación de la *FCPA* dio lugar a que las empresas norteamericanas tuvieran gran interés en implantar un sistema mundial anticorrupción, dado que se encontraban en desigualdad de condiciones en relación con sus competidores en el exterior<sup>336</sup>. Finalmente, se identifica una tercera etapa de esta evolución, que es la que se está desarrollando actualmente, en la que se aprecia una colaboración e interacción entre los Estados y las empresas en la lucha contra la corrupción. Buena muestra de ello es el fenómeno de los programas de cumplimiento o *compliance*, con la transferencia de responsabilidades que suponen y a la que ya hemos aludido anteriormente<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., pág. 4, nota nº 8.

<sup>334</sup> Estas ideas se explican en DAVIS, K. E., «Why does the United States regulate foreign bribery: moralism, self-interest, or altruism?», *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 67, nº 3, 2012, págs. 497 a 511, *passim*.

<sup>335</sup> NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (Directores), *Los caminos de la armonización penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 419 a 455, esp. pág. 435.

<sup>336</sup> BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho...», ob. cit., pág. 244; NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., págs. 7 a 9.

<sup>337</sup> Sobre la evolución descrita, véase MANACORDA, S., «Towards an Anti-Bribery...», ob. cit., págs. 5 a 7.

Mientras que la corrupción desde una perspectiva tradicional se ceñía a los comportamientos de los funcionarios que, aprovechándose de su condición, obtenían un beneficio de orden material para sí o para un tercero -ésta es la concepción de las figuras penales de los códigos del siglo XIX-, actualmente la corrupción presenta nuevas y complejas manifestaciones (hasta el punto de que se hablan de una auténtica «explosión» del concepto de corrupción), vinculadas a la presencia de empresas multinacionales y de relaciones económicas que superan las fronteras estatales, por lo que aparecen nuevas formas de poder (en este caso, no solo público, sino económico) a las que se vinculan también nuevas modalidades de corrupción<sup>338</sup>. La corrupción deja de mimetizarse con el delito de cohecho para abarcar cualquier irregularidad cometida en el contexto de una toma de decisión, o bien en el marco de un abuso de poder, siempre que con la actuación corrupta se persiga el objetivo de obtener una ganancia ilícita<sup>339</sup>. Esa ganancia puede ser de carácter económico o de mejora de la posición para el desarrollo de determinadas actividades, por lo que puede darse también en el seno de las relaciones económicas, nacionales e internacionales<sup>340</sup>.

Partiendo de la necesidad del castigo de la corrupción entre particulares, podemos señalar que las tendencias actuales sobre la materia son:

1) La creación y aplicación de diversos convenios y normas internacionales ha dado lugar a una tipificación penal de tales hechos en todos los países occidentales y de nuestro entorno.

2) La línea actualmente dominante en cuanto a la regulación penal considera que lo que se debe proteger prioritariamente es la libre competencia.

3) Frente a una regulación dualista, que distingue entre corrupción de funcionarios públicos y corrupción entre particulares, dependiendo de las cualidades del sujeto activo, se avanza hacia una regulación uniforme de la corrupción -como comportamiento punible-, que abarca tanto la de los empleados públicos como la de los particulares. La primera regulación pone énfasis en el sujeto activo, la segunda en la actividad<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIAN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal...», ob. cit., págs. 9 a 12; y NIETO MARTÍN, A., «La privatización...», ob. cit., pág. 191.

<sup>339</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, 2003, págs. 5 a 26, esp. pág. 8; CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción...», ob. cit., pág. 147.

<sup>340</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Iniciativas internacionales...», ob. cit., pág. 8

<sup>341</sup> El ejemplo más reciente de regulación uniforme es la *Bribery Act*, dictada en el Reino Unido en el año 2010. A ella nos referiremos posteriormente.

Precisamente, la cuestión relativa a la manera en que el delito de corrupción privada está recogido en el ámbito internacional y en algunos de los ordenamientos de nuestro entorno es la que se trata en la parte siguiente de este trabajo.



## **PARTE II. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO**



## **CAPÍTULO TERCERO. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES**

### **I. INTRODUCCIÓN**

La lucha contra todo tipo de corrupción es una preocupación de alcance internacional. Los instrumentos que se han dictado en esta materia por distintas instancias (O.C.D.E., U.E., O.N.U., Consejo de Europa, etc.) son diversos<sup>342</sup>. Con ellos se pretende atajar un fenómeno que alcanza dimensión supranacional debido a la globalización de los mercados de bienes y servicios y a la internacionalización de las actividades criminales<sup>343</sup>.

Actualmente, cabe citar cinco convenciones internacionales contra la corrupción, como son:

1) La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996. No contiene normas sobre la corrupción privada.

2) El Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.

3) Convenio penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Sí contiene normas sobre la corrupción privada.

4) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (CNUCC, o UNCAC por sus siglas en inglés). Sí contiene normas sobre la corrupción privada.

---

<sup>342</sup> Un resumen de los mismos se puede consultar en HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional» (traducción de Ontiveros Alonso M. del original «Die Bekämpfung der Korruption aus supranationaler Sicht»), en HUBER, B., *Cuestiones del Derecho Penal europeo*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 31 a 57 (también publicado en *Revista Penal*, nº 11, 2003, págs. 41 a 52); y VALEIJE ALVAREZ, I., «Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, 2003, págs. 777 a 814, *passim*. También, «Les référentiels de la lutte contre la corruption», en *Transparence des multinationales françaises en matière de lutte anti-corruption*, Etude Novethic/SCPC, septiembre 2006, págs. 147 a 179, *passim*. Sobre los convenios y tratados que se refieren específicamente a la corrupción privada, CERINA, G., «La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado», *Iustitia*, Universidad Santo Tomás (Colombia), nº 9, diciembre 2011, págs. 95 a 138, *passim*.

<sup>343</sup> HUBER, B., «La lucha contra...», ob. cit., pág. 31.



Esta Convención establece, en su artículo 12, que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su Derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción en el sector privado; así como, cuando proceda, preverá sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

España ratificó este Convenio mediante Instrumento de fecha 9 de junio de 2006<sup>344</sup>, al igual que lo han hecho la práctica totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>345</sup>.

Además, también ha ratificado el Acuerdo para la constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción como organización internacional, hecho en Viena el 2 de septiembre de 2010<sup>346</sup>, que tiene como finalidad la de promover la prevención y la lucha contra la corrupción de manera eficaz y eficiente mediante: i) la enseñanza y la formación profesional en materia de lucha contra la corrupción; ii) la investigación de todos los aspectos relativos a la corrupción; iii) la prestación de otras formas pertinentes de asistencia técnica en la lucha contra la corrupción; y iv) el fomento de la cooperación internacional y la creación de redes en relación con la lucha contra la corrupción (artículo 1).

5) Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. Sí contiene normas sobre la corrupción privada.

Estos instrumentos internacionales pretenden establecer un conjunto de normas que indican que la corrupción entre particulares no puede verse como algo aceptable y, al mismo tiempo, que la tarea de resolver los problemas que plantea recae tanto sobre las empresas como sobre los gobiernos de los Estados<sup>347</sup>. La idea subyacente es que no sólo el sector público, sino también las transacciones entre particulares, deben estar presididas por una lógica de transparencia, protegiendo a los mercados de interferencias ajenas a la leal competencia (basada en la calidad y el precio) en la oferta y la demanda de bienes y servicios. Por tanto, debería vetarse la posibilidad de alterar dicha

---

<sup>344</sup> Publicado en el B.O.E. de 19 de julio de 2006.

<sup>345</sup> Sobre su implementación a nivel europeo, véase PŘÍBORSKÝ, M., «The European Union and the UN Convention against Corruption», *eu crim, The European criminal law associations' forum*, 2012/1, págs. 34 a 38.

<sup>346</sup> Instrumento de fecha 6 de octubre de 2011 (publicado en el B.O.E. de fecha 4 de noviembre de 2011).

<sup>347</sup> MANACORDA, S., «Towards an Anti-Bribery...», ob. cit., pág. 12.

transparencia mediante la concesión de incentivos individuales que corrompieran a los responsables de la contratación<sup>348</sup>.

Esta idea es fruto de un proceso de armonización de la comunidad internacional, en el sentido de que el mayor número posible de países incorporen medidas parecidas a las existentes en Estados cuyas empresas tienen prohibido recurrir a la práctica del soborno, bien sea de un funcionario público (nacional o extranjero), bien sea de un operador del mercado ajeno a la Administración, para garantizar un entorno uniforme de desarrollo de la actividad comercial; lo que ha dado lugar a un aumento de los instrumentos jurídicos supranacionales que no sólo se centran en la corrupción del funcionario público, sino que además incorporan la obligación para los países miembros de implementar un estándar punitivo mínimo en materia de corrupción entre particulares<sup>349</sup>.

Ahora bien, en el momento presente, la lucha contra la corrupción no sólo se lleva a efecto mediante normas de instancias internacionales, europeas y nacionales; sino que han aparecido iniciativas lideradas por la propia «sociedad civil», con el fin de crear foros en los que se pongan de manifiesto las prácticas ilícitas y la manera de evitarlas. A modo de ejemplo, podemos citar *Transparency International*<sup>350</sup>, *Publish what you pay* (PWYP)<sup>351</sup> o ProPublica<sup>352</sup>.

Dada la relevancia de los instrumentos normativos citados y la influencia que han tenido en la incorporación a nuestro ordenamiento del delito objeto de nuestro estudio, es necesario referirnos a algunos de ellos.

En el ámbito internacional, trataremos el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.

En el marco europeo, tienen capital importancia el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999 y la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha

---

<sup>348</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 419.

<sup>349</sup> CERINA, G., «La comunidad internacional...», ob. cit., pág. 105.

<sup>350</sup> <http://www.transparency.org/>.

<sup>351</sup> *Publish what you pay* es una red mundial de organizaciones de la sociedad civil, que pretenden que los ingresos procedentes del petróleo, el gas y la minería sirvan de base para el desarrollo y mejoren las vidas de los ciudadanos de a pie en los países ricos en recursos. Entre otras iniciativas, divulga información sobre los ingresos y contratos relacionados con la industria extractiva. Su página web es <http://www.publishwhatyoupay.org>.

<sup>352</sup> <http://www.propublica.org>.

contra la corrupción en el sector privado. Ambos instrumentos son expresión de la «presión internacional» dirigida a la tipificación penal de estos hechos<sup>353</sup>.

Vamos a detenernos en estas tres normas.

## II. EL CONVENIO DE LA OCDE DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS

Este Convenio fue adoptado en la ciudad de París, el 17 de diciembre de 1997<sup>354</sup>, y tiene su antecedente en la propia *FCPA* y el interés de los EE. UU. en contar con una regulación global sobre la cuestión<sup>355</sup>.

No contiene normas sobre la corrupción privada<sup>356</sup> y en el marco de la OCDE no se ha llegado a firmar ningún otro instrumento jurídico vinculante sobre tal tipo de corrupción. Pero, este Convenio tiene influencia sobre la materia en el sentido que se indica a continuación.

En primer lugar, no se deben olvidar los numerosos esfuerzos realizados por la OCDE para fomentar que las empresas adopten medidas para la lucha contra la corrupción, tanto pública como privada<sup>357</sup>. En este sentido, es de destacar la aprobación de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas*

---

<sup>353</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 276.

<sup>354</sup> Sobre el mismo, véase, por todos, PIETH, M., LOTE, L. A. y CULLEN, P. J. (Editores), *The OECD Convention of Combating Bribery, A commentary*, Cambridge, 2007. También, PIETH, M., «La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (Directores), *Los caminos de...*, ob. cit., págs. 293 a 329; QUINONES, E., «L'évolution du droit international en matière de corruption: la convention de l'OCDE», *Annuaire français de droit international*, vol. 49, 2003, págs. 563 a 574; CAVALERIE P., «La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 43, 1997, págs. 609 a 632; y VALEIJE ALVAREZ, I., «Visión general sobre...», ob. cit., págs. 797 a 800.

<sup>355</sup> PIETH, M., «La armonización...», ob. cit., págs. 297 y 298; NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., págs. 3 a 6; ROCA DE AGAPITO, L., «La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública», en ALVAREZ GARCÍA, F. J. (director) y ALVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 759 a 800, esp. pág. 762 y 763; VALEIJE ALVAREZ, I., «Visión general sobre...», ob. cit., pág. 793.

<sup>356</sup> Sobre la posibilidad de extender los fundamentos y medidas de este Convenio a la corrupción privada transnacional, véase ANDVIG, J. C., «Remarks on Private...», ob. cit., *passim*. También, PIETH, M., «Article 2. The Responsibility of Legal Persons», en PIETH, M., LOTE, L. A. y CULLEN, P. J. (Editores), *The OECD Convention...*, ob. cit., págs. 173 y ss., esp. págs. 175 y ss.

<sup>357</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción entre particulares*, ed. fe d'erratas, Madrid, 2013, pág. 16.

*Multinacionales*<sup>358</sup>, en cuyo apartado VII («Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión»), se dice:

«Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Las empresas deberán asimismo rechazar cualquier soborno y otras formas de extorsión. Concretamente, las empresas:

1. No deberán ofrecer, prometer o conceder ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo a funcionarios públicos o a empleados de sus socios comerciales. Tampoco deberán solicitar, acordar recibir o aceptar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, de funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales (...).».

En segundo lugar, el propio Convenio recoge un concepto de agente público o funcionario público tan amplio que difumina los límites entre corrupción pública y privada y reconduce a la corrupción pública algunos comportamientos que, en algunos ordenamientos internos, caen dentro de la corrupción de empleados o pueden resultar atípicos<sup>359</sup>. Efectivamente, el art. 1.4, letra a), del Convenio recoge una definición autónoma de agente público, por lo que resulta indiferente que el agente público extranjero sea o no funcionario, de acuerdo con el Derecho de su país; además, se trata de un concepto amplio, en el que se relaja la exigencia de integración orgánica en la Administración<sup>360</sup>. El precepto citado indica:

«A los efectos del presente Convenio:

a) Por "agente público extranjero" se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y

---

<sup>358</sup> Por primera vez, la OCDE aprobó estas líneas para empresas multinacionales en el año 1976 y se van revisando periódicamente (disponibles en <http://mneguidelines.oecd.org>). La última revisión se llevó a efecto en 2011. Sobre ellas, véase VALEIJE ALVAREZ, I., «Visión general sobre...», ob. cit., pág. 780 y nota 9.

<sup>359</sup> Cfr., sobre la cuestión, NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., págs. 14 a 18.

<sup>360</sup> Con más detalle, véase ZERBES, I., «Article 1. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials», en PIETH, M., LOTE, L. A. y CULLEN, P. J. (Editores), *The OECD Convention...*, ob. cit., págs. 45 y ss., esp. págs. 57 y ss.

cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública;»

Especialmente interesante es la mención a «cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública». En los Comentarios al Convenio<sup>361</sup> se señala que:

«12. “Función pública” incluye cualquier actividad de interés público, delegada por un país extranjero; por ejemplo, el cumplimiento de una tarea delegada por éste en relación con adquisiciones públicas.

13. “Organismo público” es un órgano constituido conforme al derecho público para llevar a cabo tareas específicas de interés público.

14. Una “empresa pública” es cualquier empresa, independientemente de su figura legal, sobre la cual un gobierno o gobiernos puedan directa o indirectamente ejercer una influencia dominante. Éste se considera debe ser el caso, *inter alia*, cuando el gobierno, o gobiernos, es el tenedor de la mayor parte del capital suscrito de la empresa, controla la mayoría de los votos suscritos a las acciones emitidas por la empresa, o puede nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de supervisión, del órgano administrativo o directivo de la empresa».

De la interpretación que surge del Convenio y los Comentarios es posible que comportamientos susceptibles de ser tipificados internamente como un delito de corrupción privada, puedan ser considerados como típicos conforme al Convenio de la OCDE<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Comentarios sobre el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

<sup>362</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., pág. 18. Este autor pone como ejemplos los siguientes: el hecho de que una compañía aeronáutica española soborne al presidente de una compañía aérea extranjera, que por disponer de un amplio régimen de ayudas públicas ha de considerarse funcionario público según el Convenio, con el fin de que sea la beneficiaria en la compra de aviones; o el caso de una empresa farmacéutica que ofrece dinero al responsable de una ONG con el fin de que, en la campaña de vacunación que está llevando a cabo en un país africano, adquiera sus productos.

### III. EL CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

#### 1. CONTENIDO DEL CONVENIO

Este Convenio se refiere a todo tipo de conductas de corrupción que tengan trascendencia penal. Sin embargo, no define qué considera cómo corrupción; pero sí lo hace el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1999<sup>363</sup>, cuyo artículo 2 señala:

«A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida».

El Convenio penal sobre la corrupción incluye las conductas de cohecho -activo y pasivo- y tráfico de influencias referidas a funcionarios públicos nacionales e internacionales, miembros de cualquier asamblea pública nacional que ejerza poderes legislativos o administrativos y autoridades judiciales. Cuenta con un Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, referido a la corrupción activa y pasiva de árbitros y jurados.

El Convenio Penal regula las conductas de cohecho entre particulares. Partiendo del hecho de que tradicionalmente esta figura ha sido abordada desde una perspectiva civil -de defensa de la competencia-, laboral o se ha tratado por delitos no específicos tipificados en la ley penal, el Consejo de Europa considera que criminalizar la corrupción privada es necesario para evitar cualquier vacío en una estrategia global contra la corrupción<sup>364</sup>. Por ello, como razones a favor de la introducción de sanciones penales para combatir la corrupción en el sector privado establece las siguientes<sup>365</sup>:

a) Es una conducta que socava valores como la confianza y la lealtad, que son necesarios para el mantenimiento y desarrollo de las relaciones sociales y económicas.

---

<sup>363</sup> Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999. Este convenio ha sido ratificado por España, mediante Instrumento de 1 de diciembre de 2009 (publicado en el B.O.E. de 31 de marzo de 2010).

<sup>364</sup> *Rapport explicatif sur la Convention pénale sur la corruption* (disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>), artículo 2, punto 52.

<sup>365</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 52.

b) Tipificar como delito la corrupción en el sector privado es necesario para que el respeto de la libre competencia esté garantizado.

c) Tiene sentido para proteger a la población contra los efectos nocivos de la corrupción en los negocios.

### **1. Corrupción activa en el sector privado**

El artículo 7 se refiere a la corrupción activa en el sector privado. Señala que:

«Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes».

Respecto a esta figura, cabe hacer las consideraciones siguientes:

1) El sujeto activo del delito puede ser cualquiera. El que soborna puede ser cualquier persona y tener cualquier cualidad (empresario, funcionario público, persona privada, etc.)<sup>366</sup>.

Ahora bien, si el sobornador actúa en nombre o representación de una empresa, también ésta puede ser considerada responsable; pero la responsabilidad empresarial no excluye la responsabilidad individual de la persona física<sup>367</sup>.

2) La conducta típica consiste en prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida.

Prometer incluye situaciones en las que el sobornador se compromete a dar una ventaja en un momento, por lo general, posterior al acto pedido; ofrecer

---

<sup>366</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., puntos 35 y 53.

<sup>367</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., puntos 35 y 53.

supone que el sobornador muestra su disposición a dar la ventaja indebida en cualquier momento; otorgar significa entregar la ventaja<sup>368</sup>.

El beneficio en cuestión puede ser entregado directamente, pero también se puede dar a un tercero -un miembro de la familia, una organización a la que pertenece el sobornado-. En todo caso, cuando la oferta, promesa o regalo se envía a un tercero, el sobornado debe haber sido consciente de ello; y la transacción puede involucrar a uno o más intermediarios<sup>369</sup>.

En cuanto a qué debe considerarse «ventaja indebida», el Consejo considera que la ventaja suele ser económica o financiera, pero también puede ser inmateral; y puede adoptar muchas formas<sup>370</sup>: dinero, vacaciones, préstamos de dinero, alimentos y bebidas, mejores perspectivas de carrera, etc. Respecto al carácter indebido, debe interpretarse como algo que el destinatario no está legalmente facultado para aceptar o recibir; y para los autores del Convenio, el término «indebido» tiene por objeto excluir las ventajas permitidas por la ley o los estatutos, así como obsequios de escaso valor o regalos socialmente aceptables<sup>371</sup>.

3) La conducta ha de desarrollarse en el curso de una actividad mercantil<sup>372</sup>. Como tal se incluye todo tipo de actividad comercial, en particular el comercio de bienes y prestación de servicios, incluidos los servicios prestados al público (transporte, telecomunicaciones, etc.). Según el Consejo, se ha excluido deliberadamente cualquier actividad sin ánimo de lucro, llevada a cabo por personas u organizaciones, como asociaciones u otras organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, nada impide a un Estado Parte aplicar esta disposición, no limitándose tal ámbito de actividad.

4) La ventaja ha de dirigirse a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

La expresión «entidad del sector privado» se refiere a sociedades, empresas, fundaciones u otras entidades, tengan o no personalidad jurídica;

---

<sup>368</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., puntos 36 y 53.

<sup>369</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., puntos 36 y 53.

<sup>370</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., puntos 37 y 53.

<sup>371</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., puntos 38 y 53.

<sup>372</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 53.



incluso también se puede incluir a una persona física, pero no incluye a las entidades públicas<sup>373</sup>.

La persona destinataria de la ventaja puede trabajar para sí misma o para un tercero. La relación entre ambos debe entenderse en el sentido más amplio: relación empleador-empleado, relaciones entre los socios, relación entre abogado y cliente o relación en la que no haya contrato de trabajo<sup>374</sup>. En consecuencia, deben incluirse los empleados, pero también comprende<sup>375</sup>:

a) La dirección -en todos los niveles- incluidos los miembros del Consejo de Administración, pero no los accionistas.

b) Personas que no tienen *status* de empleado o que no trabajan continuamente para la empresa (por ejemplo, consultores o agentes de ventas).

La persona destinataria ha de incumplir sus deberes. El Convenio establece este delito sobre la base de un incumplimiento de los deberes que el subordinado tiene hacia su principal. El Consejo considera que la finalidad de la criminalización de la corrupción en el sector privado es proteger la confianza y fidelidad, sin las cuales las relaciones privadas no pueden existir; en esas relaciones existe un deber general de lealtad, una obligación general de no actuar en detrimento de los intereses del principal<sup>376</sup>. Además, el incumplimiento también está vinculado a la idea de secreto o clandestinidad, que conlleva aceptar la ventaja sin haber solicitado u obtenido la autorización o aprobación del principal<sup>377</sup>, lo que amenaza sus intereses.

## **2. Corrupción pasiva en el sector privado**

El artículo 8 del Convenio trata la corrupción pasiva en el sector privado, indicando que:

«Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba,

---

<sup>373</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 54.

<sup>374</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 54.

<sup>375</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 54.

<sup>376</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 55.

<sup>377</sup> «La clandestinidad de la ventaja, más que la propia ventaja, se convierte en el corazón de la infracción»; *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 55.

directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes».

En este caso, cabe reiterar lo dicho en relación con la conducta activa, si bien con la diferencia de que el delito sólo se puede cometer por «una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado».

### **3. Otras normas**

Además de definir las conductas delictivas, el Convenio establece otras normas de interés sobre el ejercicio de la jurisdicción, la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones y medidas que se consideran adecuadas.

De tal manera que el artículo 17 del Convenio señala:

«1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para determinar su competencia en relación con cualquiera de los delitos tipificados en virtud de los artículos 2 a 14 del presente Convenio, cuando:

- a) el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio;
- b) el autor del delito sea uno de sus nacionales, uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales;
- c) en el delito esté implicado uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales o cualquiera de las personas a que se refieren los artículos 9 a 11 y que al mismo tiempo sea uno de sus nacionales.

2. En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado podrá manifestar, por medio de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que se reserva el derecho de no aplicar o de no aplicar más que en casos o condiciones específicas, las reglas de competencia que se definen en las letras b) y c) del apartado 1 del presente artículo o en cualquier parte de las mismas.

3. Cuando una de las Partes haya hecho uso de la posibilidad de reserva prevista en el apartado 2 del presente artículo adoptará las medidas que sean necesarias para determinar su competencia en

relación con los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando el presunto autor del delito se encuentre presente en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte únicamente en virtud de su nacionalidad, previa una solicitud de extradición.

4. El presente Convenio no excluirá el ejercicio por una Parte de cualquier competencia penal determinada conforme a su derecho interno».

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el artículo 18 del Convenio indica:

«1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de: un poder de representación de la persona jurídica; o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica; así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados.

2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica.

3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1».

Por su parte, el artículo 19 se refiere a las sanciones y medidas aplicables. Dispone que:

«1. Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, cada Parte establecerá, con respecto a los delitos tipificados conforme a los artículos 2 a 14, sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyan, cuando sean cometidas por personas físicas, sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición.

2. Cada Parte se asegurará de que, en el caso de la responsabilidad establecida en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 18, las personas jurídicas sean objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias.

3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitirle confiscar o privar de otro modo de los instrumentos y productos de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos productos».

Finalmente, hay dos normas complementarias que deben ser destacadas y que se recogen en el Convenio civil (que no penal) contra la corrupción.

En primer lugar, el artículo 8, que se refiere a la validez de los contratos que tengan por objeto un acto de corrupción, indica:

«1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción.

2. Cada Parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños».

En segundo lugar, el artículo 9, que prevé normas de protección de los empleados que denuncien actos de corrupción, al señalar:

«Cada Parte establecerá en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra toda sanción injustificada a los empleados que tengan motivos fundados de sospecha de corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables».

## 2. APLICACIÓN DEL CONVENIO

### 1. El *Groupe d'Etats Contre le Corruption (GRECO)*

El Convenio penal sobre la corrupción cuenta con la ratificación de 45 países, que son casi todos los miembros del Consejo -excepto Alemania, Liechtenstein y San Marino- y Bielorrusia (país no miembro)<sup>378</sup>.

Este Convenio fue suscrito por España el 10 de mayo de 2005 y ha sido ratificado mediante Instrumento de fecha 26 de enero de 2010<sup>379</sup>. España también ha ratificado el Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, mediante Instrumento de fecha 16 de diciembre de 2010<sup>380</sup>.

Para comprobar el grado de cumplimiento del Convenio por parte de los Estados, se creó, en 1999, el *Group of States Against Corruption* o *Groupe d'Etats contre le corruption (GRECO)*<sup>381</sup>. Fue creado en paralelo a la adopción de los dos convenios (penal y civil) contra la corrupción, con el fin de vigilar su cumplimiento por parte de los Estados. La creación del *GRECO* se decidió por medio de un instrumento separado de los convenios<sup>382</sup> y su composición no se limita a miembros del Consejo de Europa, sino que está abierta a cualquier Estado que participara en la elaboración del acuerdo parcial ampliado o que pase a ser parte de uno de los convenios contra la corrupción. En la actualidad,

---

<sup>378</sup> Otros países no miembros que lo han firmado, pero no ratificado, son México y EE. UU. (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=173&CM=8&DF=27/08/2015&CL=ENG>; consulta agosto de 2015).

<sup>379</sup> Publicado en el B.O.E. de 28 de julio de 2010.

<sup>380</sup> Publicado en el B.O.E. de 7 de marzo de 2011.

<sup>381</sup> Sobre el *GRECO*, véase SALAZAR, L., «Monitoring International Instruments against Corruption. Any Need for Better Coordination...?», *eu crim, The European criminal law associations' forum*, 2012/1, págs. 20 a 24, esp. págs. 21 y 22.

<sup>382</sup> Se trata de la Resolución (98) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de autorización del acuerdo parcial y ampliado constitutivo del «Grupo de estados contra la corrupción-GRECO», adoptada por el Comité de Ministros el 5 de mayo 1998, en su 102º período de sesiones. Resolución que se completa con la Resolución (99) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por la que se crea el Grupo de Estados contra la Corrupción (*GRECO*), adoptada por el Comité de Ministros el 1 de mayo 1999, en la 668ª reunión de los Delegados de los Ministros.

el *GRECO* comprende 49 Estados (48 Estados son miembros del Consejo de Europa y a ellos se añaden los EE. UU.).

Además, el llamado «Programa de Estocolmo»<sup>383</sup>, establece que se han de encontrar fórmulas para que la Unión Europea participe en el *GRECO*<sup>384</sup>, de manera que la Comisión ha emitido un informe sobre las modalidades de adhesión de la Unión al *GRECO*<sup>385</sup>.

El *GRECO* elabora informes de evaluación, a través de un cuestionario y de visitas a los países. Los informes de evaluación se redactan previa discusión con el Estado evaluado y, posteriormente, se debaten y, en su caso, se aprueban en sesión plenaria. En principio son confidenciales, pero pueden publicarse con el consentimiento del Estado evaluado. Los informes incluyen una serie de recomendaciones que el Estado evaluado tiene que poner en práctica dentro de un plazo determinado. Posteriormente, se lleva a cabo un procedimiento de control con el fin de comprobar el cumplimiento de las recomendaciones y, por último, se publican unos informes de cumplimiento que pueden ir acompañados de apéndices<sup>386</sup>.

## **2. Los informes del *GRECO* relativos a España**

### **2.1. En general**

En el momento presente se han llevado a cabo cuatro evaluaciones referidas a España, correspondientes a cuatro ciclos:

1) Años 2000 a 2002. Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 5ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11 a 15 de junio de 2001). Completado con el Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 15ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 13 a 17 de octubre de 2003); y el Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 24ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 27 de junio a 1 de julio de 2005).

---

<sup>383</sup> *Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (publicado en el DOUE de 4 de mayo de 2010).

<sup>384</sup> Sobre la colaboración entre la Unión Europea y el *GRECO*, véase CAMISÓN YAGÜE, J. A., «El informe anticorrupción...», ob. cit., págs. 385 a 387.

<sup>385</sup> Se trata del Informe, de 6 de junio de 2011, de la Comisión al Consejo sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (*GRECO*) (disponible en la página web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0307:FIN:ES:PDF>; consulta agosto de 2013).

<sup>386</sup> Los informes de evaluación se pueden consultar en la página web [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/index\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/index_en.asp).

2) Años 2003 a 2006. Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 23ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 17 a 20 de mayo de 2005). Completado con el Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 34ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 16 a 19 de octubre de 2007); y el Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 44ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 6 a 8 de octubre de 2009).

3) Año 2007. Informe de evaluación adoptado por el *GRECO*, en su 42ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11 a 15 de mayo de 2009).

4) Años 2012 y 2013. Informe de evaluación aprobado por el *GRECO* en su 62ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2013).

## **2.2. Los informes referidos a la corrupción entre particulares**

De los informes emitidos por el *GRECO* que se refieren al cumplimiento por España del Convenio en materia de corrupción entre particulares, cabe citar los siguientes: i) Informe adoptado por el *GRECO*, en su 42ª Reunión Plenaria; ii) Informe adoptado por el *GRECO*, en su 50ª Reunión Plenaria; iii) Informe adoptado por el *GRECO*, en su 60ª Reunión Plenaria; y iv) Informe adoptado por el *GRECO*, en su 65ª Reunión Plenaria.

### **2.2.1. Informe del *GRECO* -42ª Reunión Plenaria-**

En primer lugar, nos interesa destacar el Informe adoptado por el *GRECO*, en su 42ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11 a 15 de mayo de 2009)<sup>387</sup>. Este informe se refiere expresamente a la situación vigente en tal momento en España acerca del delito de corrupción privada. Al respecto indica:

«52. El Código Penal español no criminaliza la corrupción en el ámbito privado. Puesto que no existe el delito de corrupción privada, la definición de “empleado público” se ha convertido en el factor clave para criminalizar la mayor parte de las situaciones que dan lugar a un delito de corrupción; permitiría, por ejemplo, sancionar supuestos de corrupción dentro de empresas estrictamente privadas pero que continúan estando controladas por el Estado (por ejemplo, Caso Nº 2052/2001). La estrategia punitiva más segura en relación con la

---

<sup>387</sup> Disponible, en castellano, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3\(2008\)3\\_Spain\\_One\\_ES.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3(2008)3_Spain_One_ES.pdf); consulta diciembre de 2011.

corrupción en el ámbito privado es, probablemente, la representada por los delitos de malversación/ administración desleal, en los casos en que el empleado (o el gerente que recibe el soborno) formaliza un contrato que daña financieramente a la empresa. En el ámbito del derecho civil, la corrupción privada está prohibida por la Ley de Competencia Desleal, que prohíbe expresamente “la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. Aunque la Ley de Competencia Desleal proporciona exclusivamente instrumentos de naturaleza civil, existe la posibilidad de imponer una sanción administrativa (artículo 7 de la Ley de Protección a la competencia) en los casos en que la práctica desleal consistente en el pago de un soborno tenga la suficiente importancia como “para distorsionar gravemente la competencia en el mercado” y que dicha distorsión afecte “el interés público”.

53. Las modificaciones del Código Penal propuestas introducen el delito de corrupción en el sector privado con el fin de adaptarse a las exigencias de la Unión Europea que emanan de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado».

Recordemos que el citado informe se emite en un momento (año 2009) en el que aún no se había reformado el Código Penal para incorporar el delito de corrupción entre particulares.

El punto 52 del Informe de Evaluación, cuando habla del «Caso Nº 2052/2001» se refiere a la STS, Sala 2ª, nº 2052/2001, de 7 de noviembre. En ella se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados que fueron condenados, entre otros, por un delito de cohecho, por los siguientes hechos: uno de los acusados, administrador único de un laboratorio farmacéutico, al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal laboratorio, y básicamente de dos de sus fármacos, decidió incentivar a numerosos facultativos para que recetasen los mismos, abonándoles los gastos de estancias en congresos médicos, así como diversas cantidades de dinero por hacer un seguimiento farmacológico de los productos mencionados. Siguiendo tales directrices, otro acusado, quien era el representante en Madrid del citado laboratorio, incentivó, mediante la entrega de diferentes cantidades de dinero, a un tercer acusado para que, como médico especialista en aparato digestivo de la Seguridad Social, recetara a sus pacientes las citadas especialidades.



Nos interesa destacar en este punto, el Fundamento Jurídico Tercero de la STS, Sala 2ª, nº 2052/2001, de 7 de noviembre, que desestima la pretensión del recurrente, quien sostenía que incentivar a los médicos para que receten los medicamentos de un determinado laboratorio, y no otros, «constituye un acto lícito pues la función de cualquier empresario es fomentar las ventas de sus productos». En concreto, la Sentencia indica:

«El motivo carece de fundamento. En primer lugar, "incentivar" (en realidad sobornar) a los médicos para que receten prioritariamente unos determinados medicamentos distribuidos por un concreto laboratorio, que es la conducta que se declara probada en el relato fáctico, no constituye una actividad lícita de promoción comercial, pues se encuentra expresamente prohibida por la Ley del Medicamento. Esta prohibición es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y concretamente por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos, posición que ocupaba el recurrente.

El artículo 7.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, dispone que queda expresamente prohibido el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

La introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados, distorsiona la función de la prescripción que debe estar esencialmente orientada por el interés del paciente y no por el del médico. Con estas prácticas ilegales se perjudica seriamente la salud de los pacientes, pues el abuso de medicamentos, cuyo empleo racional es beneficioso, puede originar problemas de salud graves. Se perjudica también la economía de los enfermos, pues, en igualdad de condiciones, el médico puede optar por la prescripción que personalmente le resulte más beneficiosa en función del "incentivo" económico que va a percibir, aun cuando sea innecesariamente más costosa. Se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando este sufraga el coste de los medicamentos, pues se fomenta la prescripción por factores ajenos a las necesidades clínicas. Y se perjudica, por último, la libre competencia y la transparencia del mercado, al emplearse

métodos ilegales de comercialización, en detrimento de la calidad y el precio.

En consecuencia el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos, por parte del recurrente como administrador único de un laboratorio farmacéutico, y por tanto con interés directo en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a un médico encargado de su prescripción, constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el art. 108.16 de la Ley del Medicamento<sup>388</sup>. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas».

Además, el Informe adoptado por el *GRECO*, en su 42ª Reunión Plenaria, añade:

«95. La corrupción en el sector privado no está tipificada como delito en España. Desde el punto de vista del Equipo de Evaluación del *GRECO* es esencial criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio puesto que las funciones públicas y privadas parecen interrelacionarse cada vez más y cada día resulta más difusa la distinción entre estos sectores. Con respecto a esto, el Equipo de Evaluación del *GRECO* reconoce el hecho, repetidamente subrayado por las autoridades, de que en España la noción de empleados públicos es de una naturaleza tan amplia que incluye a muchas personas que, en la mayoría de los demás países, estarían consideradas como pertenecientes al sector privado. Dicho esto, criminalizar la corrupción en el sector privado sigue siendo crucial, especialmente debido a que esta forma de corrupción puede causar importantes daños a la sociedad en su conjunto dado el valor de las cantidades (y potenciales sobornos) que suelen manejarse en las

---

<sup>388</sup> Se refiere al art. 108.2.16ª de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que contemplaba, como infracción leve, el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios efectuados, por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

transacciones comerciales. Además, el Equipo de Evaluación del *GRECO* advierte que las modificaciones del Código Penal propuestas introducen el delito de corrupción en el sector privado con el propósito de adaptarse a las exigencias de la UE que emanan de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. El Equipo de Evaluación del *GRECO* aplaude la intención de las autoridades de regular esta área y, por lo tanto, recomienda criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173)».

A la vista de lo expuesto anteriormente, el *GRECO* recomendó a España criminalizar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción.

### **2.2.2. Informe del *GRECO* -50ª Reunión Plenaria-**

El cumplimiento de la citada recomendación fue objeto de control por el *GRECO*. España consideró que la había cumplido mediante la introducción del art. 286 bis en el Código Penal. Pero el Informe adoptado por el *GRECO*, en su 50ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 28 de marzo a 1 de abril de 2011)<sup>389</sup>, señala:

«29. *GRECO* acoge con satisfacción la importante iniciativa de las autoridades de criminalizar el soborno en el sector privado, una materia en la que se carecía de disposiciones específicas en el pasado. La anterior criminalización, prevista en el artículo 286 bis CP está, por lo general, en consonancia con el Convenio, y en particular, con respecto al alcance de los autores (que cubre prácticamente todos los tipos de personas que dirigen o trabajan para las entidades del sector privado) y los elementos materiales del delito (comisión directa/indirecta, terceros beneficiarios, incumplimiento de deberes). Hay, sin embargo, una cuestión pendiente; a saber, la cobertura de la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de una ventaja. *GRECO* pide medidas legislativas adicionales para subsanar esta deficiencia y con ello armonizar plenamente las disposiciones nacionales con el artículo 8 del Convenio relativo a la corrupción pasiva en el sector privado, como se recomienda».

---

<sup>389</sup> Disponible, en inglés, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3\(2011\)5\\_Spain\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3(2011)5_Spain_EN.pdf); consulta agosto de 2013.

Por ello, el *GRECO* concluyó que la recomendación se había cumplido parcialmente.

A la vista de esta conclusión, España mantuvo ante el *GRECO* que el delito de corrupción pasiva (artículo 286 bis CP, apartado 2) penaliza claramente la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido; por lo que no hay duda de que el delito incluye la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. Además, entendió que el Proyecto de reforma del Código Penal entonces en trámite, que penalizaba el delito de administración desleal en el sector privado (artículo 252<sup>390</sup>) debería ser suficiente, ya que el autor del delito incluye a cualquier persona que tenga poderes de gestión en la empresa en cuestión.

### **2.2.3. Informe del *GRECO* -60ª Reunión Plenaria-**

El Informe adoptado por el *GRECO*, en su 60ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 17 a 21 de junio de 2013)<sup>391</sup> no estuvo de acuerdo con la afirmación de suficiencia sobre nuestro ordenamiento, de manera que estableció:

---

<sup>390</sup> Se trataba del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que otorgaba la siguiente redacción al artículo 252 CP:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro.

4. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros».

Esta no ha sido la redacción que finalmente se ha introducido en el Código Penal, mediante la reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que da al art. 252 CP la redacción siguiente:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

<sup>391</sup> Disponible, en inglés, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOC3\(2013\)20\\_Second\\_Spain\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOC3(2013)20_Second_Spain_EN.pdf); consulta agosto de 2013.

«18. *GRECO* toma nota de la aclaración de las autoridades españolas, de nuevo indicando que la disposición sobre la corrupción pasiva en el sector privado (el artículo 286 bis. 2) es un reflejo de la corrupción activa en el sector privado (el artículo 286 bis.1) y por lo tanto incluye la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de un beneficio indebido. Sin embargo, como esta conclusión se aparta de la letra estricta de la ley, que describe las conductas de corrupción activa y pasiva en disposiciones autónomas, queda por ver si la jurisprudencia apoyará esta interpretación por analogía. En cuanto a la información proporcionada por las autoridades en relación con el delito de administración desleal en el sector privado y su pertinencia para abordar la recomendación V, *GRECO* señala que el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173) es claro en cuanto a la cobertura de los autores del delito de soborno en el sector privado, es decir, "cualquier persona, que dirija o trabaje, de cualquier manera, en entidades del sector privado", por lo que no se restringe el ámbito de aplicación sólo a aquellos que están encargados de puestos de dirección».

Por todo ello, el Informe concluye, de nuevo, que la recomendación permanece parcialmente implementada<sup>392</sup>.

#### **2.2.4. Informe del *GRECO* -65ª Reunión Plenaria-**

El Informe adoptado por el *GRECO*, en su 65ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 6 a 10 de octubre de 2014)<sup>393</sup>, mantuvo una posición similar al anteriormente citado. De tal manera que indicó:

«18. *GRECO* reitera la opinión que adoptó en su Segundo Informe de Cumplimiento del Tercer Ciclo (RC-III) relativo al delito de administración desleal y su pertinencia para satisfacer plenamente los requisitos del Convenio Penal contra la Corrupción (ETS 173), en cuanto a la corrupción pasiva en el sector privado. En particular, el *GRECO* observa que la Convención es clara en cuanto a la cobertura de los autores del delito de soborno en el sector privado, es decir, «las personas que dirigen o trabajan, con cualquier capacidad, en entidades

---

<sup>392</sup> Algunos autores consideran que los informes del *GRECO* más que quejarse de la existencia de mejor o peor normativa penal y procesal lo hacen de la poca eficacia de la persecución; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., págs. 624 y 625; y MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 427, nota 4.

<sup>393</sup> Disponible, en inglés, en [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3\(2014\)7\\_ADD\\_2ndRC\\_Spain\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3(2014)7_ADD_2ndRC_Spain_EN.pdf); consulta mayo de 2015.

del sector privado»; por lo tanto, no restringe su ámbito de aplicación sólo para los que están encargados de puestos de dirección».

Nuevamente, el *GRECO* concluye que la recomendación permanece implementada parcialmente.

#### **IV. LA DECISIÓN MARCO 2003/568/JAI DEL CONSEJO, DE 22 DE JULIO DE 2003**

##### **1. CONTENIDO DE LA DECISIÓN**

La Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, es una norma de ámbito comunitario que no versa sobre cualquier clase de corrupción, sino que se centra en aquella que se desarrolla en el sector privado. Esta Decisión tiene su origen en la Acción Común del Consejo de la Unión Europea 98/742/JAI, de 22 de diciembre, sobre la corrupción en el sector privado<sup>394</sup>, que fue derogada por la indicada Decisión Marco.

La Decisión considera que debido a la mundialización y el aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea. Además, añade que los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido.

Es decir, en el plano europeo se ha asumido la necesidad de trasplantar los mecanismos de transparencia y de lealtad exigibles en las relaciones con la Administración pública al ámbito económico y de las transacciones económicas privadas, exigiendo por tanto a los Estados europeos la incriminación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado (presente ya en el Convenio del Consejo de Europa)<sup>395</sup>. Ello se debe a que en el ámbito europeo se ha impuesto

---

<sup>394</sup> Sobre esta Acción Común, véase FARALDO CABANA, P., «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios penales y criminológicos*, nº 23 (2001-2002), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, págs. 59 a 98, *passim*. También DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., págs. 263 a 266.

<sup>395</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 8.

la idea de esbozar un esquema unitario de tipificación de los delitos, en el que también tenga sitio la corrupción entre particulares<sup>396</sup>.

Por ello, impone la obligación a los Estados de adoptar las medidas necesarias para que constituyan infracción penal tanto la corrupción activa como la pasiva en el sector privado «cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales» (artículo 1 de la Decisión).

### **1. Corrupción activa en el sector privado**

El artículo 2.1, letra a), de la Decisión define la corrupción activa como:

«prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones».

### **2. Corrupción pasiva en el sector privado**

Mientras que la corrupción pasiva es definida, por el artículo 2.1, letra b), de la siguiente manera:

«pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones».

Partiendo de estas concepciones, la Decisión establece dos normas complementarias:

1) La incriminación se aplicará a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos (artículo 2.2 de la Decisión).

---

<sup>396</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coordinadores), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, págs. 381 a 393, esp. pág. 383.

2) Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación de los delitos a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales (artículo 2.3 de la Decisión).

Esta restricción de aplicación a las conductas que impliquen una distorsión de la competencia no se prevé en el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa. Según el Informe de 6 de junio de 2011 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Alemania, Austria, Italia y Portugal efectuaron esta declaración. Sin embargo, las declaraciones eran válidas hasta junio de 2010. Como el Consejo no decidió ampliar su validez, la Comisión presupone, en el Informe citado, que esos Estados miembros tienen que modificar sus legislaciones nacionales. Ello supone que los Estados tienen el deber de incluir, entre los comportamientos delictivos, el ofrecimiento de sobornos a directivos o empleados con el fin de que incumplan sus obligaciones, sin hacer depender la imputación típica de la afectación o peligro para la competencia<sup>397</sup>.

### **3. Otras normas de la Decisión Marco**

Además de definir las conductas punibles y la obligación de los Estados de tipificarlas, la Decisión Marco también impone la obligación de adoptar las medidas precisas:

1) Para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados constituyan infracciones penales. De tal manera que el artículo 3 dispone:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados en el artículo 2 constituyan infracciones penales».

---

<sup>397</sup> Esta circunstancia es criticada por algunos autores, por considerar que extiende excesivamente la intervención penal, en contrariedad con los principios de necesidad y de *ultima ratio*; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 8. A lo que se añade que impide reconocer cuál es el bien jurídico tutelado, ya que si hasta el 2010 la Decisión Marco ha permitido a los Estados miembros acoger exclusivamente la competencia desleal como bien jurídico protegido, la nueva redacción «nos sitúa en una nebulosa»; NIETO MARTÍN, A., «La privatización de la lucha...», ob. cit., pág. 198.

En todo caso, como veremos posteriormente, en algunos Estados de la Unión Europea (por ejemplo, Alemania) están en trámite proyectos legislativos para reformar la legislación en el sentido que deriva de la Decisión Marco.



2) Para asegurar que los actos mencionados sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias; incluyendo sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años. En tal sentido, el artículo 4 indica:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en los artículos 2 y 3 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años.

3. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva».

3) Para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de tales infracciones, cuando concurran las circunstancias mencionadas en la Decisión Marco. Al respecto, el artículo 5 dice lo siguiente:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o

c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices de una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3».

4) Para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, sin perjuicio de que podrán incluir otras sanciones. Por ello, el artículo 6 de la Decisión señala:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 1 del artículo 5 puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales;
- c) vigilancia judicial, o
- d) medida judicial de disolución.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 2 del artículo 5 puedan ser castigadas con sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Mientras que para las personas físicas la responsabilidad ha de ser necesariamente penal, la previsión relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas es mucho más flexible: la responsabilidad de la persona jurídica por el

delito de corrupción en el sector privado puede ser indiferentemente de naturaleza penal o administrativa<sup>398</sup>.

#### 4. La aplicación extraterritorial

La Decisión Marco también contiene normas sobre el ejercicio de la jurisdicción, al indicar, en su artículo 7 que:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer su competencia con respecto a las infracciones a que se refieren los artículos 2 y 3 cuando la infracción haya sido cometida:

- a) total o parcialmente en su territorio;
- b) por uno de sus nacionales, o
- c) en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro.

2. Los Estados miembros podrán decidir que cuando la infracción se haya cometido fuera de su territorio no aplicarán, o que sólo aplicarán en casos o condiciones específicos, la norma de competencia establecida en las letras b) y c) del apartado 1».

Por tanto, permite la persecución del delito aunque los hechos se hayan cometido en el extranjero, lo que dota a este delito de trascendencia internacional<sup>399</sup>. En esta materia, hay que tener presente que la globalización de los mercados facilita que se puedan concluir negocios corruptos al operar en distintos países, así como «elegir» el ordenamiento penal más conveniente para realizar actividades ilícitas (por tener la legislación penal menos desfavorable), por lo que el límite territorial del *ius puniendi* dificulta la investigación y persecución de delitos<sup>400</sup>. Por ello se prevén normas de extensión de la jurisdicción.

Ahora bien, pese a que la Decisión Marco recogía esta circunstancia, en nuestro ordenamiento la reforma del Código Penal de 2010 no conllevó una reforma paralela del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello supuso que no se contara en nuestro ordenamiento con una cobertura explícita de la corrupción transnacional en el sector privado<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas...», ob. cit., pág. 383.

<sup>399</sup> BACIGALUPO E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 154.

<sup>400</sup> CERINA, G., «La comunidad internacional...», ob. cit., págs. 99 y 100.

<sup>401</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 9; BLANCO CORDERO, I., «La reforma de los delitos...», ob. cit.

Esta situación se ha solucionado mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal<sup>402</sup>. Mediante la misma se reforma el número 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en lo que nos interesa, señala:

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

(...) n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España».

Conforme a esta redacción, la doctrina<sup>403</sup> ha indicado que basta con que se dé una de las anteriores circunstancias para que la jurisdicción española pueda conocer de la causa. Así, sería posible que conociera de<sup>404</sup>:

1) El delito de corrupción privada activa cometido por un ciudadano español o por un ciudadano extranjero residente habitual en España, consistente en ofrecer a un directivo de una empresa de un país extranjero, en su propio país, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados en el sentido determinado en el tipo penal.

---

<sup>402</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., págs. 766 a 773.

<sup>403</sup> CAINZOS, J. A. y DEL ROSAL BLASCO, B., «Aplicación extraterritorial de la Ley penal española a los delitos de corrupción entre particulares y en las transacciones económicas internacionales», *Clifford Chance, Client briefing*, marzo 2004 (disponible en [http://www.cliffordchance.com/briefings/2014/03/aplicacion\\_extraterritorialdelaleypena.htm](http://www.cliffordchance.com/briefings/2014/03/aplicacion_extraterritorialdelaleypena.htm) l; consulta agosto 2015).

<sup>404</sup> CAINZOS, J. A. y DEL ROSAL, B., «Aplicación extraterritorial...», ob. cit.

2) El delito de corrupción privada pasiva cometido por el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil que tenga su sede o domicilio social en España, consistente en solicitar en un país extranjero a un residente local, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, concurriendo el resto de elementos del tipo penal.

La reforma introducida condiciona la persecución de este tipo de delitos, según lo señalado en los números 5 y 6 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>405</sup>.

El número 5 indica cuáles son las circunstancias que deben concurrir para que el delito sea perseguible en España. Esas circunstancias se relacionan con la existencia o no de un procedimiento para la investigación y

---

<sup>405</sup> El número 5 del art. 23 LOPJ señala:

«5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

enjuiciamiento en un Tribunal Internacional o en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión.

Además, el número 6 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, condiciona la persecución al ejercicio en España de la acción pública o particular, excluyendo la posibilidad de ejercicio de la acción popular. Por ello, señala:

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

Con esta reforma, España se coloca a un nivel asimilable a la posición que tienen otros países como el Reino Unido o EE. UU., que cuenta con cláusulas de extraterritorialidad en sus normales penales de lucha contra la corrupción<sup>406</sup>.

## **2. APLICACIÓN DE LA DECISIÓN**

### **1. En general**

Conforme al artículo 9 de la Decisión Marco, los Estados miembros debían tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en ella antes del 22 de julio de 2005.

Sobre la forma y modo de cumplimiento de la Decisión por los distintos Estados miembros, se han emitido dos informes:

1) El Informe, de 18 de junio de 2007, de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado {SEC (2007) 808}<sup>407</sup>.

2) El Informe, de 6 de junio de 2011, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado {SEC (2011) 663 final}<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> CAINZOS, J. A. y DEL ROSAL, B., «Aplicación extraterritorial...», ob. cit.

<sup>407</sup> Disponible en la página web [http://europa.eu/legislation\\_summaries/fight\\_against\\_fraud/fight\\_against\\_corruption/l33308\\_es.html](http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33308_es.html); consulta noviembre de 2011.

<sup>408</sup> Disponible en <http://cde.uv.es/documents/menudocuintern/item/6654-lucha-contra-la-corrupcion-en-el-sector-privado.html>; consulta noviembre de 2011.

Los Estados de la Unión Europea han cumplido las previsiones de la Decisión Marco de manera dispar. En el citado Informe de 6 de junio de 2011, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco, se indica que la aplicación del artículo 2 de la Decisión Marco (que define las conductas activa y pasiva de corrupción) está resultando muy problemática. En 2007, solo dos Estados miembros (Bélgica y Reino Unido) habían incorporado correctamente todos los elementos de la infracción penal. Según el informe de 2011, nueve Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Francia, Irlanda, Chipre, Portugal, Finlandia y Reino Unido) habían incorporado correctamente todos ellos.

## **2. Cuestiones problemáticas relacionadas con la Decisión Marco**

Como ya se ha indicado, la Decisión Marco fijaba el 22 de julio de 2005 como fecha límite para que los Estados adaptaran sus legislaciones a la misma. En el caso de España, el plazo transcurrió sobradamente hasta que el legislador modificó el Código Penal con el fin de adaptar nuestro ordenamiento a sus prescripciones. De manera que el legislador español se vio abocado a incorporar este delito a nuestro ordenamiento, a consecuencia de esta Decisión Marco, siendo evidente la mora por su parte en el cumplimiento de la obligación contraída en el seno de la Unión Europea.

Como vemos, se acude a la emisión de una Decisión Marco para imponer a los Estados miembros la tipificación penal de determinadas conductas<sup>409</sup>. Ello dio lugar, en el seno de la Unión Europea, a un intenso debate sobre: i) el modo y forma en que se acudía a la Decisión Marco; y ii) cuál era el efecto que tenían (o podían tener) las Decisiones Marco no incorporadas al ordenamiento interno. Actualmente, tal debate se ha superado, en gran medida, por las modificaciones introducidas a consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>410</sup>.

### **2.1. La Decisión Marco**

En lo que respecta al primer punto, hemos de tener presente que la Decisión Marco era un instrumento normativo del que podía disponer el Consejo, conforme a lo dispuesto el artículo 34.2 del Tratado de la Unión

---

<sup>409</sup> Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., «El delito de corrupción en el sector privado...», ob. cit., *passim*.

<sup>410</sup> Actualmente ya no es posible utilizar la Decisión Marco, dado que ha sido eliminada por el Tratado de Lisboa.

Europea. Se configuraba de manera similar a la Directiva, al establecer una serie de obligaciones para los Estados miembros, si bien la forma de obtener el resultado final en el cumplimiento de las citadas obligaciones se dejaba a la libertad de elección de cada uno de los Estados.

Efectivamente, el instrumento de la Decisión Marco fue introducido en el ámbito comunitario por el Tratado de Ámsterdam. En su momento, el artículo 34.2, letra B) TUE, en la versión resultante del Tratado de Amsterdam, que formaba parte del título VI del Tratado de la Unión Europea, titulado «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal», disponía:

«El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad:

(...) b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo; (...)».

La Decisión Marco se concibió como un instrumento normativo apto para la armonización de las legislaciones internas en materia de cooperación policial, judicial penal y aproximación de legislaciones penales nacionales; y guardaba algunas similitudes con la Directiva, en la medida en que imponían una obligación de resultado a los Estados miembros, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Tratándose de un instrumento en manos del Consejo, es decir del ente formado por los dirigentes del poder ejecutivo de los Estados miembros, se puso de manifiesto que ello trasladaba el monopolio de la política criminal del poder legislativo hacia el ejecutivo, convirtiéndose los parlamentos nacionales en meros ejecutores de las decisiones de los jefes de gobierno integrantes del Consejo<sup>411</sup>. En realidad, esta crítica es trasladable a la totalidad del fenómeno de

---

<sup>411</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 69; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 10; también VENTURA PÜSCHEL, A., «Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida



lucha global contra la corrupción, que supone una traslación del poder de decisión y sancionatorio a instancias supranacionales, que es discutible que cuenten con la necesaria legitimación democrática para la intervención penal<sup>412</sup>.

## 2.2. El efecto de las Decisiones Marco no incorporadas

En cuanto al efecto de las Decisiones Marco no incorporadas al ordenamiento interno, el punto de partida era que las Decisiones carecían del «efecto directo» reconocido a las Directivas. Si bien esta afirmación se vio enormemente matizada a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio 2005 (asunto C-105/03, *María Pupino*)<sup>413</sup>.

Dicha sentencia (conocida como la «sentencia Pupino») afirmó que el «principio de interpretación conforme» se impone respecto de las Decisiones Marco adoptadas en el marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea, de tal manera que al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, para, al efectuar su interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión (apartado 43 de la sentencia).

Si bien establece el límite de que la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de la misma debe respetar los principios de seguridad jurídica y no retroactividad, de tal modo que esa obligación no puede tener por efecto determinar o agravar, basándose en la Decisión Marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (apartado 45).

---

política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 487 a 514, esp. pág. 492; GONZÁLEZ BLES, F. J., «Delito de Corrupción entre...», ob. cit.

<sup>412</sup> VALEIJE ALVAREZ, I., «Visión general sobre...», ob. cit., págs. 778 y 779.

<sup>413</sup> Un comentario de esta sentencia se puede consultar en MANES, V., «La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas- Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)» (traducción del original de Torres Fernández, M. E.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, págs. 1 a 20, *passim* (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>; consulta noviembre de 2011). También, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «La aplicación del principio de interpretación conforme a las Decisiones-marco: ¿hacia el efecto directo? Especial referencia al caso *Pupino*», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores) y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (Coordinadora), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, págs. 291 a 324, *passim*.

Además, según la sentencia indicada, la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una Decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha Decisión marco. En otros términos, el «principio de interpretación conforme» no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Decisión marco (apartado 47 de la Sentencia).

Con la «sentencia Pupino» la diferencia entre Directiva y Decisión Marco se reduce y este último instrumento jurídico recibe una sensible potenciación<sup>414</sup>; teniendo en cuenta, además, que se había convertido en los últimos años en un instrumento privilegiado de armonización de las legislaciones nacionales, especialmente para lograr un acercamiento normativo en materia de delitos y sanciones en el ámbito del llamado «tercer pilar»<sup>415</sup>.

Como decíamos, esta situación se ha visto en cierta medida superada por las previsiones del Tratado de Lisboa, ya que elimina la estructura de «pilares», basada en la distinción de un ámbito de actuación comunitario y otro intergubernamental. Con ello, también desaparecen los actos relacionados con el «tercer pilar», entre los que se incluye la Decisión Marco<sup>416</sup>. El citado Tratado supone que no es factible usar a futuro la Decisión Marco, pero se sigue planteando qué efecto tienen las anteriores Decisiones Marco no incorporadas al ordenamiento, que siguen subsistiendo.

Precisamente, esta fue una de las cuestiones tratadas por la STS, Sala 2ª (Pleno), nº 874/2014, de 27 de enero de 2015. La resolución indicada trató sobre el efecto de la Decisión marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, tanto antes como después de su incorporación a nuestro ordenamiento, por medio de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información

---

<sup>414</sup> MANES, V., «La incidencia... », ob. cit., pág. 4.

<sup>415</sup> MANES, V., «La incidencia... », ob. cit., pág. 3.

<sup>416</sup> Una exposición de las consecuencias del Tratado de Lisboa puede consultarse en MATÍA SACRISTÁN, A., «El Tratado de Lisboa en el proceso de construcción europea», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 2058, 2008, págs. 1023 a 1036, *passim*.

de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea<sup>417</sup>. Resumiendo la doctrina sobre el particular, indica:

«La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03, *caso Pupino*), decía, en síntesis, lo siguiente:

a) El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional (apartado 34 de la Sentencia).

b) Ha de reconocerse a los particulares el derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (apartado 38 de la Sentencia).

c) El principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco, por lo que al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b) (apartado 43 de la Sentencia).

d) Sin embargo, la obligación del juez nacional tiene límites, que son:

d.1) Los límites impuestos por los principios generales del Derecho y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad (apartado 44 de la Sentencia). Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la Decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (apartado 45 de la Sentencia).

---

<sup>417</sup> Un comentario sobre la misma, véase en VILLEGAS GARCÍA, M. A., «Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal», en CORTÉS BECHIARELLI, E. (Director), *Dossier de Jurisprudencia 3. Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS*, Tirant lo Blanch, junio 2015, págs. 38 a 107, *passim*.

d.2) La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una Decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha Decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Decisión marco (apartado 47 de la Sentencia).

En consecuencia, corresponde al juez nacional verificar si, en el asunto concreto, es posible una interpretación conforme de su Derecho nacional (apartado 48 de la Sentencia).

Por ello, la sentencia del Tribunal de Justicia concluye, contestando a la cuestión prejudicial planteada, que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco».

En realidad estas consideraciones no sólo se predicán de las Decisiones Marco, sino también de las Directivas. Por eso, la STS, Sala 2ª (Pleno), nº 874/2014, de 27 de enero de 2015, señala:

«En efecto, el principio de «interpretación conforme» se formuló por el Tribunal de Justicia en relación con las Directivas, ya en la Sentencia de 10 de abril de 1984 (asunto 14/83, caso Von Colson y Kamann). Como aplicación más reciente, contamos con la Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04, caso Adeneler y otros), en la que se indica que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva, cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (apartado 110); que esta obligación general nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva (apartado

115); y que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (apartado 121)».

### **2.3. Obligatoriedad de la Decisión marco 2003/568/JAI**

Además de estos dos problemas, se plantea un tercero, que está directamente relacionado con la obligatoriedad que para los Estados miembros tenía la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

#### **2.3.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005**

La duda surge a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 (asunto C-176/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*). Esta Sentencia anula la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal. Sus artículos 1 a 7 incluyen una lista de conductas particularmente lesivas para el medio ambiente que los Estados miembros deben sancionar penalmente y una serie de reglas que comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros en este ámbito. La Sentencia considera que la base jurídica elegida por el Consejo, es decir, el artículo 29 y siguientes del Tratado de la Unión Europea (Tratado UE), para obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales a los autores de infracciones contra el medio ambiente, es incorrecta, ya que la base jurídica adecuada es el artículo 175, apartado 1, del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas (Tratado CE). Ello porque la protección del medio ambiente es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad según el Tratado y los artículos 174 a 176 del Tratado CE constituyen, en principio, el marco en el que debe desarrollarse la política comunitaria en el ámbito del medio ambiente<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> Un comentario sobre esta sentencia se contiene en ESTRADA CUADRAS, A., «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret*, nº 341, 2/2006, *passim* (disponible en [www.indret.com/pdf/341\\_es-2.pdf](http://www.indret.com/pdf/341_es-2.pdf)). Y NIETO MARTÍN, A., «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo (comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, nº 17, 2006, págs. 105 a 122, *passim*; también publicado en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores) y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (Coordinadora), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, págs. 325 a 343.

Por tanto, de esta Sentencia se desprende que las disposiciones de Derecho Penal necesarias para la aplicación efectiva del Derecho comunitario se rigen por el Tratado CE («primer pilar»), de manera que cuando es precisa una disposición penal específica en la materia en cuestión para garantizar la eficacia del Derecho comunitario se ha de adoptar en el marco de ese «primer pilar»; sin que quepa acudir en este caso a las disposiciones del Título VI del Tratado UE («tercer pilar»), que se refiere a las medidas de reconocimiento mutuo, las medidas basadas en el principio de disponibilidad y las medidas de armonización del Derecho penal.

Con ello, se resuelve el conflicto entre la Comisión y el Consejo<sup>419</sup> sobre la competencia legislativa en materia de tutela penal del medio ambiente, considerando que el acto adoptado (la Decisión Marco) excede el ámbito de atribuciones fijado por el art. 47 del Tratado de la UE; y reafirma la competencia de la Comisión para legislar en la materia objeto de controversia a través del instrumento típico de la Directiva<sup>420</sup>.

Compartiendo las mismas razones esgrimidas y la misma solución que la Sentencia de 13 de septiembre de 2005, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2007 (asunto C-440/05), anuló también la Decisión Marco 2005/667/JAI, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques.

### **2.3.2. Efectos sobre la Decisión Marco 2003/568/JAI**

Como decíamos, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 se dictó en relación con una Decisión Marco concreta, referida a la protección del medio ambiente, pero su contenido afectó a la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

En tal sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo) (Bruselas, 23.11.2005)<sup>421</sup>, afirma que a consecuencia de lo señalado en la indicada

---

<sup>419</sup> Sobre la situación previa de conflicto entre el Consejo y la Comisión que dio lugar a esta sentencia, véase BLANCO CORDERO, I., «El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06, 2004, págs. 1 a 26, *passim* (disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>; consulta noviembre de 2011).

<sup>420</sup> MANES, V., «La incidencia...», *ob. cit.*, pág. 3.

<sup>421</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0583&from=ES> (consulta noviembre de 2011).

resolución hay una serie de instrumentos normativos que se encuentran en situación similar, por lo que la totalidad o parte de sus disposiciones se adoptaron sobre una base jurídica errónea, señalando que la base jurídica correcta hubiera sido el artículo 95 del Tratado de la CE.

Concretamente, la citada Comunicación considera que en tal situación se hallan los instrumentos siguientes:

- Decisión marco 2000/383/JAI, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, y Decisión marco 2001/888/JAI, por la que se modifica la anterior Decisión.

- Decisión marco 2001/413/JAI, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

- Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, y Decisión marco 2001/500/JAI, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

- Directiva destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

- Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

- Decisión marco 2005/222/JAI, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

- Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones; y Decisión marco 2005/667/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques.

- Propuesta de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad.

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

- Propuesta de Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual.

Como vemos, entre ellas incluye la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003. Conforme a la Comunicación indicada, la citada Decisión Marco es incorrecta, puesto que la totalidad o parte de sus disposiciones fueron adoptadas sobre una base jurídica errónea. De manera que exige proceder rápidamente a la regularización de estos textos estableciendo las bases jurídicas correctas, apelando además a imperativos de seguridad jurídica porque la base jurídica incorrecta podría, en algunos casos, enervar las leyes nacionales de transposición.

### **2.3.3. Efectos en relación con España**

Pese a lo indicado, el legislador español no se planteó si la Decisión Marco relativa a la lucha contra la corrupción le vinculaba o no<sup>422</sup>, sino que directamente consideró que sí debía cumplir con sus prescripciones, incorporando el delito descrito, a través de la reforma del Código Penal<sup>423</sup>. Igual hizo con los intentos anteriores de reformar el Código Penal, ignorando de esta manera la situación de incertidumbre que las decisiones judiciales suponían respecto a la Decisión Marco<sup>424</sup>.

En cualquier caso, la situación no deja de ser algo kafkiana, dado que el Estado español se ha considerado obligado a incorporar al ordenamiento interno el contenido de una norma dictada por un órgano comunitario (el Consejo), pese a que otro órgano comunitario (la Comisión) entendió que dicha norma estaba viciada del mismo defecto que otras anuladas por el Tribunal de Justicia.

---

<sup>422</sup> Para algunos autores la transposición de esta Decisión era improcedente, a causa de la sentencia citada; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 623, quien considera que la Decisión, en realidad, no se transpone, por no ser procedente a la luz de la sentencia, a partir de la cual dejó de ser forzoso hacerlo, de modo que «esgrimirla como hace el legislador orgánico de 2010 no parece lo más correcto».

<sup>423</sup> No debe olvidarse que España, en los litigios señalados, mantuvo una posición favorable al Consejo y a que eran correctas las Decisiones Marco.

<sup>424</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Sobre la tipificación...», ob. cit., pág. 495.



El modo y circunstancias en las que el legislador intentó la incorporación de la Decisión a nuestro ordenamiento -mediante diversos proyectos de reforma del Código Penal- y en las que finalmente procedió a la incorporación en el año 2010, han sido criticadas severamente por la doctrina española.

Así se indica que la Decisión Marco 2003/568/JAI reconoce que no se dispone aún de un informe sobre la manera en que los Estados miembros han incorporado la Acción Común 98/742/JAI, sobre la corrupción en el sector privado, de 22 de diciembre de 1998, pese a lo cual obliga años más tarde, y «a ciegas», a la incriminación de esta clase de conductas<sup>425</sup>.

Se produce de esta manera, según la doctrina crítica, una irrupción de una nueva figura, de nula tradición en nuestro Derecho punitivo, que no es producto de la sensibilidad hacia ninguna suerte de clamor social o doctrinal interno, sino que responde a la necesidad de dar satisfacción a las exigencias de instancias supranacionales<sup>426</sup>. Por lo que la introducción de esta figura es discutible más allá del compromiso internacional asumido<sup>427</sup>.

En tal medida, cabría pensar que la irrupción de este nuevo delito se ha producido de forma artificial, porque no se ha visto precedida por un debate social profundo acerca de la necesidad de su incriminación penal, ni tampoco por la identificación de lagunas punitivas por parte de los operadores jurídicos<sup>428</sup>. En definitiva, el legislador ha actuado sin que exista una verdadera reflexión interna -ni en la doctrina mercantil ni en la doctrina penal- acerca de la necesidad de incriminación de tales conductas<sup>429</sup>, como tampoco existía una demanda social al respecto<sup>430</sup>; por lo que más bien parece que de lo que se trata es de poner coto, con la amenaza del Derecho penal, al fenómeno de la corrupción generalizada<sup>431</sup>. De manera expresiva, se añade que «los rigores

---

<sup>425</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 226.

<sup>426</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 9.

<sup>427</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre particulares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2011, págs. 1098 a 1101, esp. pág. 1098.

<sup>428</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 120.

<sup>429</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 321; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 672; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 4.

<sup>430</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 4.

<sup>431</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 504 a 513, esp. pág. 505; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.

comunitarios han dictado la política criminal española en la materia y nuestros legisladores han interpretado la partitura sin matices y de forma automática sin reparar siquiera en los instrumentos nacionales vigentes»<sup>432</sup>.

Este sector doctrinal concluye que esta figura delictiva es totalmente ajena a nuestra tradición jurídico-penal<sup>433</sup>; y para la mayor parte de los operadores jurídicos resulta algo particularmente exótico e improcedente<sup>434</sup>.

En el marco de esta crítica al legislador español, también se reflexiona acerca de la posibilidad de que haya rebasado los propios límites de la Decisión Marco. En este sentido, se le achaca que configura un tipo penal demasiado amplio, que supone un adelantamiento excesivo de las barreras de protección, cuando la Decisión no lo imponía así<sup>435</sup>. O también que supera la finalidad de tal instrumento internacional, ya que conforme a lo que indica en sus consideraciones parece que la misma pudiera ser la lucha contra los sobornos en las transacciones comerciales entre empresas mercantiles o sociedades de diferentes Estados, dejando al margen aquellos negocios entre entes privados de un mismo Estado, siendo evidente que no es este el sentir del legislador español, al proyectar el tipo penal a los actos entre empresas radicadas en España<sup>436</sup>.

---

380; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 690 a 716, esp. pág. 700.

<sup>432</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 227.

<sup>433</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 55; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 3; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 163.

<sup>434</sup> ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación...», ob. cit., pág. 94.

<sup>435</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 427.

<sup>436</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 94, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 11 y 12.



## CAPÍTULO CUARTO. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN ALGUNOS PAISES DE LA UNIÓN EUROPEA

### I. INTRODUCCIÓN

La corrupción entre particulares fue durante todo un siglo una particularidad de los «países anglosajones y germánicos»<sup>437</sup>. Una infracción basada en el soborno entre particulares existe en el ordenamiento alemán desde el año 1909, en el francés desde el año 1919 y en el holandés desde 1967; también en el Reino Unido existen normas desde el año 1889. Con posterioridad, los demás ordenamientos de nuestro entorno han introducido, en los últimos años, tipos penales, con la finalidad de reprimir tales comportamientos<sup>438</sup>. Una disposición específicamente aplicable a los casos de esta forma de corrupción no era conocida históricamente en los sistemas de base romana, por lo que el legislador de la Unión Europea se enfrentó a una considerable resistencia en estos países<sup>439</sup>.

Ahora bien, que el hecho de hablar de corrupción en el sector privado probablemente suponga una extraña sensación a los juristas crecidos en ordenamientos jurídicos como el de Italia<sup>440</sup> o España (que conocen en su sistema penal sólo un esquema tradicional de corrupción, en el cual una de las dos partes tiene que ser un funcionario público)<sup>441</sup>, no significa que la penalización de la corrupción en el sector privado sea un fenómeno excepcional en el ámbito de los ordenamientos europeos<sup>442</sup>.

Efectivamente, se puede decir que en ellos se ha consolidado la tipificación de la corrupción entre particulares con arreglo a un modelo en buena medida basado en el vigente en Alemania<sup>443</sup>. De modo que en el ámbito

---

<sup>437</sup> TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era...*, ob. cit., págs. 31 a 42, esp. pág. 35.

<sup>438</sup> BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coordinadores), *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 61 a 93, esp. pág. 82.

<sup>439</sup> TIEDEMANN, K., «Business-related Criminal Law in Europe: A Critical Inventory», *International and Comparative Law Review*, vol. 20, nº 1, primavera 2013 (traducción de Edgardo Rotman), págs. 135 a 162, esp. pág. 157.

<sup>440</sup> Sin perjuicio de esta afirmación, en el caso de Italia se han castigado tradicionalmente algunos actos que guardan relación con la corrupción privada, como es el delito de *comparaggio*, al que posteriormente nos referiremos.

<sup>441</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas...», ob. cit., pág. 381.

<sup>442</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas...», ob. cit., pág. 383.

<sup>443</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas...», ob. cit., pág. 389; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 12.

europeo está actualmente extendida la consideración como delito de estas conductas, aun con regulaciones nacionales heterogéneas, siendo más bien una excepción los países miembros de la Unión Europea que, como España, no habían incluido este delito en sus respectivos ordenamientos nacionales<sup>444</sup>.

Tampoco puede considerarse una excepción o rareza a nivel mundial<sup>445</sup>, pues se puede afirmar que el soborno para la obtención de beneficios en el tráfico mercantil es una práctica proscrita en cualquier parte del mundo<sup>446</sup>.

En líneas generales, se observa que los Estados adoptan un modelo de incriminación de las conductas de corrupción privada basados en la protección de la competencia leal, cuyo paradigma es el ordenamiento alemán<sup>447</sup> (o al menos lo es hasta ahora<sup>448</sup>).

Sin embargo, ésta no es la única tendencia existente en los países que han incorporado este delito. Sobre este particular cabe distinguir varias posibilidades, a las que nos referimos a continuación<sup>449</sup>.

## II. MODELOS BÁSICOS DE INCRIMINACIÓN

Siguiendo a HEINE<sup>450</sup>, cabe distinguir tres modelos básicos de tratamiento legislativo del soborno entre particulares: i) el modelo clásico, que condena las prácticas que afectan negativamente a los activos de las empresas, los intereses de los accionistas o los intereses de la propiedad; ii) un segundo modelo, que criminaliza el soborno porque pone en peligro o viola las relaciones de trabajo, en particular, los lazos de deber y lealtad de un empleado hacia su

---

<sup>444</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 426.

<sup>445</sup> Una descripción de la regulación de la corrupción privada en más de 45 países del mundo se puede consultar en *CMS Guide to Anti-Bribery and Corruption Laws*, CMS Law.Tax, septiembre de 2014 (disponible en <http://www.cmslegal.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/b459b95d-5ba4-4e20-9f95-2df3f32d8849/Presentation/PublicationAttachment/a5ee0c6d-a377-4ac7-b575-a4ca09eb05e8/CMS-Guide-to-Anti-Bribery-and-Corruption-Laws.pdf>; consulta agosto 2015).

<sup>446</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 155.

<sup>447</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 12.

<sup>448</sup> Como veremos en la parte de este capítulo dedicada a Alemania, actualmente hay en trámite una reforma legislativa para introducir una modalidad de corrupción privada basada exclusivamente en el incumplimiento de deberes, sin relación con la protección de la competencia.

<sup>449</sup> Una exposición de los modelos de incriminación existentes se puede consultar en HEINE, G., «Comparative Analysis», en HEINE, G. y ROSE, T. O., *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures. A Project Report*, Edition Iuscrim, págs. 7 a 21, *passim*. También en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de...», ob. cit., págs. 266 y ss.; y ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación...», ob. cit., *passim*.

<sup>450</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., págs. 10 y ss.

empleador; y iii) un tercer modelo que busca la promoción de la competencia y tiene como objetivo la protección de la competencia libre y justa y las condiciones de funcionamiento del mercado.

En resumen, podemos distinguir tres supuestos:

1) Un modelo de incriminación basado en la protección del patrimonio de las empresas.

2) Un modelo de incriminación basado en la protección del deber de lealtad en las relaciones laborales.

3) Un modelo de incriminación basado en la protección de la competencia.

## **1. LA INCRIMINACIÓN BASADA EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LAS EMPRESAS**

Este es el enfoque que puede considerarse como clásico. Tiene la intención de proteger los bienes y activos de la empresa, por lo que el acto de corrupción privada se contempla desde la óptica de la administración o gestión fraudulenta de la sociedad. Y ello tanto desde una perspectiva pasiva como activa: pasiva, porque el administrador que recibe el soborno pone sus intereses por delante de los de la sociedad; y activa, porque el administrador que constituye o utiliza fondos para sobornar, lo hace fuera del control empresarial y para fines que son ilícitos y ajenos al objeto social de la empresa<sup>451</sup>.

Es decir, los fondos que salen de una empresa para sobornar a un empleado público o privado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico; y en la empresa cuyo representante recibe el soborno, al encontrarse en una situación de conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad, por lo que, al menos, existe un peligro de administración desleal por parte del administrador sobornado<sup>452</sup>.

Esta es la perspectiva que se seguía en la regulación en Italia, con la redacción inicial del artículo 2635 del Código Civil, que castigaba a los administradores y otros cargos de una sociedad que recibían o solicitaban una dádiva para realizar u omitir un acto contrario a las obligaciones inherentes a su

---

<sup>451</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 11.

<sup>452</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 58.

cargo, causando un perjuicio a la sociedad. Como se observa, el tipo exige que exista un daño a la sociedad<sup>453</sup>.

Los puntos críticos de este modelo son dos:

1) El titular de los bienes y activos de la empresa, es decir, el propio empresario quedaría impune si comete estas conductas.

2) El consentimiento del empresario para que las cometieran los administradores eliminaría la ilicitud de la conducta de éstos. Incluso cabría la aprobación tácita de los sobornos en los casos en que el titular de la empresa consintiera implícitamente la puesta en peligro o el daño a la propiedad corporativa o tolerase un clima empresarial que fomentara el soborno<sup>454</sup>.

## **2. LA INCRIMINACIÓN BASADA EN LA PROTECCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD EN LAS RELACIONES LABORALES**

En este caso, se concibe la corrupción privada como una conducta que atenta contra el deber de lealtad en las relaciones laborales, por lo que la cuestión se aborda desde una perspectiva jurídico laboral. Dentro de este ámbito se encuentran diferentes aspectos, como el incumplimiento de un deber de lealtad, la vulneración de la integridad de la relación laboral entre el empleado y el empleador, la violación de la integridad en materia de negocios o de la integridad de las relaciones fiduciarias<sup>455</sup>.

El delito se comete por los empleados que reciben una ventaja o soborno, sin el consentimiento del empleador, para realizar un acto contrario a la función que desempeñan o para abstenerse de realizar un acto que es propio de la misma.

Es la óptica que rige la regulación Holanda y Bélgica. También era el caso de Francia, que históricamente regulaba la cuestión en el *Code du Travail*, con la denominación de «corrupción de empleados»<sup>456</sup>.

---

<sup>453</sup> Como veremos posteriormente, el modelo en Italia comparte elementos de los otros dos citados, desde la reforma operada por la *Legge 6 novembre 2012, n. 190*.

<sup>454</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 11.

<sup>455</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., págs. 11 y 12.

<sup>456</sup> Actualmente se regula en el artículo 445-1, párrafo segundo, del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley nº 2005-750, de 4 de julio de 2005, de diversas disposiciones de adaptación al Derecho Comunitario en el ámbito de la justicia. Como veremos posteriormente, la regulación vigente en Francia se aleja de la consideración que históricamente se ha tenido de estas conductas.

Las consecuencias fundamentales de esta regulación son:

1) El sujeto activo del delito de corrupción pasiva sólo puede ser un empleado o subordinado, pero no el empresario. El núcleo del delito es que el empleado incumple los deberes que tiene con relación a aquél.

2) El consentimiento del empresario excluye la conducta delictiva, ya que si el núcleo del delito es que el empleado incumple los deberes que tiene con relación al mismo, si existe su anuencia no se incumple deber alguno. Cuando un empleado en el sector privado acepta un soborno con el conocimiento o consentimiento de su superior, ello es legal<sup>457</sup>.

3) Este modelo no explica fundadamente el castigo penal en los supuestos de corrupción activa: la persona que ofrece un soborno al empleado no infringe un deber de lealtad respecto de su empresario, porque no guarda relación alguna con éste<sup>458</sup>. La manera de hallar un fundamento del castigo es entender que el corruptor lleva a cabo una especie de «participación» en el comportamiento del empleado: con su oferta, aporta un aliciente para que éste infrinja sus obligaciones<sup>459</sup>.

### **3. LA INCRIMINACIÓN BASADA EN LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**

Según este sistema, la corrupción privada es relevante porque afecta al suministro de mercancías o la prestación de servicios, que se efectúan en un régimen de competencia<sup>460</sup>. Las conductas de corrupción atacan contra la competencia mercantil, ya que si en las relaciones comerciales median sobornos, entonces el sobornado preferirá al competidor que le ofrece o promete la dádiva respecto a otros competidores, aunque no sea la mejor oferta o el mejor servicio. Es decir, preferirá de manera desleal al corruptor frente a un tercero, a causa de la dádiva recibida o prometida.

Desde esta perspectiva, se considera que las conductas de corrupción alteran la competencia libre y leal ya que se favorece de manera injusta a un competidor (el desleal, el que soborna) respecto a otros (que usan sólo métodos leales); lo que supone que éstos deberán también acudir a tal vía para poder

---

<sup>457</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 12.

<sup>458</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 278.

<sup>459</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 279.

<sup>460</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 57.



competir en el mercado («efecto contagio»). La consecuencia que conlleva es que las relaciones comerciales no se basan en la calidad y precio de los productos o servicios, sino en el beneficio que el sobornado obtiene con la dádiva. Además, afectan tanto al empresario (al que está subordinado el empleado sobornado), como a los consumidores. Ello porque, a causa del soborno, se aceptan productos o servicios de peor calidad que otros y porque el corruptor se las ingeniará para que el montante de la dádiva sea incluida en el precio del producto (esto es, se paga un «sobreprecio»). De modo que, tanto empresario como consumidores tendrán a su disposición un producto de peor calidad y más caro que otros.

Esta concepción es la que adoptan las normas europeas supranacionales, sin perjuicio de que dejen espacio abierto para elementos de los otros dos modelos<sup>461</sup>. Ésta es la óptica desde la que se aborda la cuestión en Alemania<sup>462</sup>.

Ahora bien, no está exenta de críticas en cuanto a su sustrato elemental: la existencia de competencia leal. Así, se señala que su punto de partida es una concepción un tanto idílica de la competencia mercantil, una competencia «perfecta» o «pura», basada exclusivamente en la ley de la oferta y la demanda y en la ausencia de influencias en los precios; sin embargo, en la sociedad moderna existen posiciones empresariales desde las que se puede influir en los precios, mediante prácticas de monopolio u oligopolio<sup>463</sup>. El objeto de protección penal se convierte así más en una aspiración que en una realidad, dado que no todos los sujetos concurren en el mercado en condiciones de igualdad ni todos tienen los mismos apoyos institucionales, a consecuencia de la interferencia de las subvenciones<sup>464</sup>. Por otra parte, requiere que exista, en general, competencia entre los ofertantes, por lo que quedaría sin fundamento la imposición de una pena en el caso del otorgamiento de ventajas en un sector económico planificado o casi monopolístico<sup>465</sup>.

---

<sup>461</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 13.

<sup>462</sup> Sin perjuicio de ello, actualmente hay en trámite una reforma legislativa para introducir una modalidad de corrupción privada basada exclusivamente en el incumplimiento de deberes, sin relación con la protección de la competencia.

<sup>463</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Sobre la tipificación...», ob. cit., pág. 499.

<sup>464</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de código penal», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 147, marzo 2010, págs. 15 a 19, esp. pág. 17.

<sup>465</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán» (traducción de García Caverro, P.), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3, 2007, págs. 1 a 18 (disponible en <http://www.politicacriminal.cl>), esp. pág. 13.

Como ejemplo del primer modelo (de protección de un patrimonio) se suele señalar el caso de Italia; en cuanto al segundo modelo (de protección de los deberes laborales) se indica que el ejemplo es Francia; mientras que respecto al tercer modelo (de protección de la competencia) se afirma que es Alemania. Por ello, nos centraremos, a continuación en su estudio. A lo que se añadirá el estudio de la legislación del Reino Unido, dada la forma de afrontar la cuestión, con un sistema de incriminación común para la corrupción pública y privada.

En realidad, una vez diseñados los tres modelos citados, cabe indicar que no son exclusivos ni excluyentes entre sí. La evolución del Derecho comparado permite sostener que pueden coexistir elementos de los tres modelos, con mayor o menor intensidad. Incluso cabe que se combinen en un solo ordenamiento; prueba de ello es el caso de Portugal.

En Portugal, la regulación se contiene en la Ley nº 20/2008, de 21 de abril<sup>466</sup>, modificada posteriormente por la Ley nº 30/2015, de 22 de abril<sup>467</sup> (fundamentalmente para aumentar la gravedad de las penas impuestas). La tipificación se basa en la infracción del deber de lealtad, considerándose delictiva la conducta del trabajador del sector privado que acepta la ventaja para realizar un acto u omisión que constituya una violación de sus deberes funcionales<sup>468</sup>. En este sentido, la Ley define qué se debe entender por «trabajador del sector privado», y no se refiere solamente al empleado o mero subordinado, sino que considera como tal a<sup>469</sup>:

«(...) la persona que ejerce funciones, incluyendo las de dirección y fiscalización, en régimen de contrato individual de trabajo, de prestación de servicios o por cualquier otro título, aunque sea provisional o temporalmente, mediante remuneración o a título gratuito, al servicio de una entidad del sector privado».

---

<sup>466</sup> Lei n.º 20/2008, a qual vem estabelecer o novo regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de Julho.

<sup>467</sup> Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril. Trigésima quinta alteração ao Código Penal, sexta alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, primeira alteração à Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, primeira alteração à Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, e primeira alteração à Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, no sentido de dar cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

<sup>468</sup> Artículo 8.1 de la Ley.

<sup>469</sup> Artículo 2, letra d), de la Ley.

Pero, siendo éste el tipo básico, el delito se agrava cuando el acto u omisión fueran idóneos para causar una distorsión de la competencia o un perjuicio patrimonial a terceros<sup>470</sup>.

### III. ALEMANIA

#### 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Según el sistema alemán, las conductas de corrupción privada atentan contra la competencia mercantil, ya que si en las relaciones comerciales median sobornos entonces el sobornado preferirá al competidor que le ofrece o promete la dádiva respecto a otros competidores. Es decir, preferirá de manera desleal al corruptor frente a un tercero, a causa de la dádiva recibida o prometida.

Estas conductas se recogían inicialmente en el §12 de la Ley contra la Competencia Desleal<sup>471</sup>. Por tanto, no se concebían como un delito. Cuando aún la conducta no estaba considerada como tal, se produjo el llamado *Korkengeld-Fall*. Se trataba de un supuesto en el que los representantes de una empresa de bebidas decidieron gratificar a los camareros que recomendaran las mismas en los establecimientos en los que trabajaban, de manera que les daban una cantidad de dinero por cada botella consumida.

Concretamente, los acusados eran representantes de una firma productora de champán de Reims, para la zona de Hamburgo y sus alrededores, comercializaban una marca de champán en restaurantes e instaban a los jefes de sala a que cuando se diera la ocasión recomendaran a los clientes esa marca, recibiendo 35 centavos por cada corcho entregado de las botellas vendidas<sup>472</sup>. Los jefes de sala recomendaron la mencionada marca con especial frecuencia y recibieron las gratificaciones con conocimiento de sus superiores. El Tribunal del Reich<sup>473</sup> consideró que la concesión de dádivas era desleal aunque correspondiese a los usos y costumbres comerciales generales; así como que el conocimiento por parte del dueño del pago del soborno resultaba irrelevante, porque la concesión del «dinero por corcho» habría fomentado las ventas de los acusados y, por eso, se habría obtenido una preferencia en la compra de esos bienes por parte de los dueños. En definitiva, el Tribunal del Reich consideró

---

<sup>470</sup> Artículo 8.2 de la Ley.

<sup>471</sup> *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*.

<sup>472</sup> De ahí el nombre de *Korkengeld-Fall*, pues *Korkengeld* se puede traducir como «dinero por corcho».

<sup>473</sup> *RGSt* 48, 291.

este acto como contrario a la competencia leal, a pesar de que el empleador de los camareros conocía esta práctica<sup>474</sup>.

En todo caso, la regulación de la materia en la normativa sobre protección de la competencia leal tuvo escasa significación práctica, lo que se estima consecuencia de haber sometido la persecución del delito a la denuncia privada<sup>475</sup>.

Posteriormente, las conductas de corrupción entre particulares se incluyeron en el Código Penal, mediante la Ley de Lucha contra la Corrupción de 13 agosto de 1997<sup>476</sup>. El legislador indicó expresamente, al introducir estos delitos, que era necesario un cambio en el diseño de la materia, para reforzar la conciencia pública en el sentido de que la corrupción en el sector empresarial era una forma de delincuencia que no sólo debía ser una preocupación de la economía, sino que debía contar con una expresión general de desaprobación ético social de tal comportamiento<sup>477</sup>.

La Ley de 13 de agosto de 1997 introdujo una Sección 26ª -con la rúbrica «Delitos contra la competencia»- y dio redacción a los §§ 298 a 302 *StGB*. De tal manera que el § 298 *StGB* se refería a los acuerdos colusorios en las subastas; y los §§ 299 a 302 *StGB* se referían a la corrupción entre particulares, regulando los tipos básicos (§ 299 *StGB*), los tipos agravados (§ 300 *StGB*), las reglas de perseguibilidad (§ 301 *StGB*) y el decomiso (§ 302 *StGB*).

Tras esta introducción de las conductas en el *StGB*, la materia ha sido objeto de reforma en dos ocasiones. En primer lugar, en el año 2002, se añadió un apartado (3) al § 299 *StGB*, para regular la persecución de los hechos cometidos en el extranjero<sup>478</sup>. Posteriormente, en el año 2004, el § 301 *StGB* fue

---

<sup>474</sup> Con más detalle, véase TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª edición, 2011, págs. 139 y 140, n. m. 198 y 199; HEINE, G., en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C. H. Beck, 2014, § 299, n. m. 20 y 30; y MENN, M., *Der geschäftliche Betrieb als Dritter iSv § 299 StGB: Zugleich ein Beitrag zu Auslegung und Reichweite des strafrechtlichen Bestechungsverbots*, C. F. Müller, 2015, págs. 124 a 127.

<sup>475</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 154, nota 433.

<sup>476</sup> *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997*.

<sup>477</sup> Véase *Deutscher Bundestag: Drucksache 13/5584 vom 24.09.1996*, pág. 15 (disponible en <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/13/055/1305584.asc>; consulta agosto 2015).

<sup>478</sup> *Gesetz zur Ausführung des Zweiten Protokolls vom 19. Juni 1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, der Gemeinsamen Maßnahme betreffend die Bestechung im privaten Sektor vom 22. Dezember 1998 und des Rahmenbeschlusses vom 29. Mai 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro vom 22. August 2002*.

modificado para adecuar la remisión que su apartado (2) realiza a la Ley contra la Competencia Desleal<sup>479</sup>.

## 2. REGULACIÓN ACTUAL

### 1. Corrupción pasiva y activa

El § 299 *StGB* recoge las conductas de corrupción privada pasiva y activa de la siguiente manera<sup>480</sup>:

#### «§ 299. Corrupción pasiva y activa en el tráfico comercial

(1) El que como dependiente o encargado de una empresa comercial en el tráfico comercial exija a otro, le haga prometer o acepte de él una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro de forma desleal en una situación de competencia, referida a la adquisición de productos o servicios comerciales dentro del tráfico comercial, será castigado con pena de privación de libertad hasta 3 años o con pena de multa.

(2) También será penado el que en el tráfico comercial con finalidad competitiva, ofrezca, prometa o proporcione a un dependiente o encargado de una empresa comercial una ventaja, para éste o para un tercero, como contraprestación por otorgarle preferencia a él u otro en la adquisición de productos o servicios empresariales de forma desleal.

(3) Los apartados 1 y 2 se aplicarán también en las acciones en la competencia en el extranjero».

---

<sup>479</sup> *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004.*

<sup>480</sup> Literalmente dice:

«§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb».

## 2. Modalidades agravadas

El § 300 *StGB* recoge las conductas agravadas de corrupción privada<sup>481</sup>:

«§ 300. Casos especialmente graves de corrupción pasiva y activa en el tráfico comercial

En casos especialmente graves, el acto del § 299 será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses a cinco años. Existe un caso especialmente grave, como regla general, si

1. el acto se refiere a un beneficio de gran magnitud o
2. el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de tales actos».

## 3. Otras normas aplicables

### 3.1. Perseguibilidad

El § 301 *StGB* regula la perseguibilidad del delito de la siguiente manera<sup>482</sup>:

«§ 301 Denuncia penal

(1) La corrupción pasiva y activa en el tráfico comercial del § 299 sólo será perseguida previa denuncia, a menos que la Fiscalía considere necesaria una intervención de oficio, por un interés público especial en la persecución del hecho.

---

<sup>481</sup> Literalmente dice:

«§ 300 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach § 299 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat».

<sup>482</sup> Literalmente dice:

«§ 301 Strafantrag

(1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(2) Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, hat neben dem Verletzten jeder der in § 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern».

(2) El derecho de interponer la denuncia a que se refiere el apartado 1, pertenece, además de a la víctima, a las personas, asociaciones y cámaras de comerciantes que se indican en el § 8, apartado 3, números 1, 2 y 4 de la Ley contra la Competencia Desleal».

El § 8, apartado 3, números 1, 2 y 4 de la Ley contra la Competencia Desleal se refiere a los competidores («cada competidor», dice literalmente la norma), las asociaciones de consumidores que cumplan determinados requisitos y entidades como las cámaras de comercio o profesionales.

### 3.2. Decomiso

Como norma complementaria a las anteriores, el § 302 *StGB*, regula el decomiso relacionado con estos delitos<sup>483</sup>.

## 3. ELEMENTOS DEL DELITO

### 1. Bien jurídico

La doctrina mayoritaria en Alemania considera que el § 299 *StGB* diseña un modelo basado en la protección de la competencia leal, porque el tipo exige que el sobornado acepte la ventaja como una contraprestación para que prefiera al corruptor o a un tercero de manera desleal en la adquisición de mercancías o servicios comerciales. De tal manera que el tipo protege la competencia leal como bien jurídico supraindividual y principio del orden económico<sup>484</sup>.

Partiendo de esta idea aceptada con generalidad<sup>485</sup>, la doctrina discute si junto a tal objeto de protección confluyen otros distintos<sup>486</sup>. Algunos

---

<sup>483</sup> Literalmente dice:

«§ 302 Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall

(1) In den Fällen des § 299 Abs. 1 ist § 73d anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

(2) In den Fällen des § 299 Abs. 2 sind die §§ 43a, 73d anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. § 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt».

<sup>484</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 139, n. m. 197; KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 13; SPRAFKE, J., *Criminal Compliance. Korruption, Strafrecht und Compliance*, 2010, pág. 19. Cfr. BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 154, notas 433, y pág. 155, nota 434, con profusa cita de la doctrina alemana.

<sup>485</sup> Que no con unanimidad, ya que algunos autores discrepan de ella; al respecto, véase KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 13.

<sup>486</sup> Sobre esta discusión doctrinal acerca del objeto de protección, MÖLDERS, S., *Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr: Zur Anwendbarkeit des § 299 StGB*

autores<sup>487</sup> entienden que, conjuntamente con el bien indicado, se protege también a los competidores (lo que explica que estén autorizados a perseguir el delito conforme al § 301 *StGB*) y de manera mediata se protege a los consumidores frente al alza de los precios. Otro sector doctrinal entiende que el tipo también protege el patrimonio de la empresa<sup>488</sup>. Sin embargo, otros autores niegan que en este delito pueda considerarse protegido algún tipo de bien jurídico individual<sup>489</sup>.

## 2. Sujetos activos

En cuanto al delito de corrupción activa, el delito se configura como un delito común, que puede ser cometido por cualquiera. Sin embargo, en Alemania ha sido muy discutido el ámbito de los sujetos activos de la modalidad pasiva del delito, ya que es concebido como un delito especial, que sólo se puede cometer por personas que reúnan unas cualidades determinadas. Ha de tratarse del «dependiente o encargado de una empresa comercial en el tráfico comercial».

### 2.1. Dependiente o encargado de una empresa comercial

Según la redacción del apartado (1) del § 299 *StGB*, el sujeto activo del delito de corrupción pasiva sólo puede serlo el «dependiente o encargado» de una empresa comercial. Se trata de un sujeto que reúne la condición de dependiente o encargado, es decir que esté subordinado a otro (que es su principal). Sin perjuicio de que la doctrina considera factible entender estos elementos en sentido amplio, para incluir a los miembros de la junta directiva de una sociedad anónima o a los asesores de la empresa<sup>490</sup>.

---

*auf Sachverhalte mit Auslandsbezug*, Peter Labg GmbH, Frankfurt am Main, 2009, págs. 100 a 129.

<sup>487</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 139, n. m. 197. En sentido similar, DANNECKER, G., «§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr», en KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U. y PAEFFGEN, H. U. (Editores), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, 4ª ed., Parte 3, 2013, págs. 1298 a 1362, esp. n. m. 5.

<sup>488</sup> SPRAFKE, J., *Criminal Compliance...*, ob. cit., pág. 19; KÜHL, K., en LACKNER, K. y KÜHL, K., *Strafgesetzbuch*, 28ª ed., C. H. Beck, 2014, § 299, n. m. 1.

<sup>489</sup> VORMBAUM, T., *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, LIT Verlag Münster, 2011, págs. 298 y 299; VORMBAUM, T., «Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 *StGB*», en HOYER, A., MÜLLER, H. E., PAWLIK, M. y WOLTER, J. (Editores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, págs. 649 a 662, esp. pág. 652. Cfr. MENN, M., *Der geschäftliche Betrieb...*, ob. cit., págs. 61 a 64.

<sup>490</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 141, n. m. 201.



Además, esa persona debe operar en el seno de una empresa comercial. Entendida ésta como una entidad constituida con afán de permanencia y, que, con ánimo de lucro, participa en el intercambio de bienes y servicios en el tráfico comercial<sup>491</sup>.

«Dependiente»<sup>492</sup> es la persona que tiene una relación de empleo o dependencia (aunque sea fáctica) con el dueño del negocio y está sometido a las órdenes del mismo; además, es preciso que tenga, entre sus actividades, la capacidad de asumir e influir en el desarrollo de la operación comercial.

«Encargado» es aquel que, sin ser dependiente, tiene poder o facultad para representar al dueño del negocio y ocupa una posición en la empresa por la que se compromete a realizar operaciones comerciales<sup>493</sup>. Ha de tratarse de una persona que no sea empleado ni propietario de la empresa y esté autorizado para intervenir en una operación comercial, con capacidad de ejercer una influencia sobre la decisión corporativa al respecto<sup>494</sup> (bastando con que sea un mandatario<sup>495</sup>).

## **2.2. Supuestos discutidos**

### **2.2.1. El empresario**

La doctrina mayoritaria considera que el delito no se puede cometer por el empresario mismo. No habrá corrupción, por tanto, si el propietario de una empresa recibe de cualquier forma prestaciones adicionales para que prefiera a un ofertante frente a los competidores<sup>496</sup>.

### **2.2.2. Los médicos (el «caso Ratiopharm»)**

En Alemania se ha suscitado, recientemente, una polémica en relación con la idoneidad para ser sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva

---

<sup>491</sup> HELLMANN, U. y BECKEMPER, K., *Wirtschaftsstrafrecht*, Kohlhammer, 2008, pág. 281, n. m. 793; KUDLICH, H. y OGLAKCIOGLU, M. T., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., C. F. Müller, 2014, pág. 207, n. m. 422.

<sup>492</sup> RÖNNAU, T., *Wirtschaftskorruption*, en ACHENBACH, H. y RANSIEK, A. (Editores), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., C. F. Müller, 2012, págs. 200 a 306, esp. págs. 238 y 239; FISCHER, T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 55ª ed., C. H. Beck, 2008, § 299, n. m. 9.

<sup>493</sup> RÖNNAU, T., *Wirtschaftskorruption...*, ob. cit., pág. 242, n. m. 12; FISCHER, T., *Strafgesetzbuch...*, ob. cit., § 299, n. m. 10.

<sup>494</sup> TIEDEMANN, K., en BURKHARD, J., LAUFHÜTTE, H. W. y ODESKY, W. (Editores), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 12ª ed., 2008, § 299, n. m. 16.

<sup>495</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 141, n. m. 201.

<sup>496</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4.

de los médicos vinculados por contrato a una compañía de seguros médicos<sup>497</sup>, que reciben incentivos otorgados por empresas farmacéuticas.

La cuestión, en un principio, se planteó porque el *Oberlandesgericht Braunschweig* dictó una decisión, de fecha 23 de febrero de 2010<sup>498</sup>, sobre el particular. En el caso concreto, se trataba del posible pago por parte de un farmacéutico de diversos gastos y de una cantidad mensual a un médico para que recetara medicamentos de alto coste (concretamente, citostáticos, que se emplean en quimioterapia).

Inicialmente, la *Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Braunschweig* consideró que el procedimiento no podía continuar porque el médico no podía ser considerado un sujeto activo a efectos del delito de corrupción privada. Sin embargo, el *Oberlandesgericht Braunschweig* entendió que, aunque el procedimiento debía concluir por falta de indicios, el médico vinculado por contrato a una compañía de seguros médicos es un «encargado» de la misma en el sentido del tipo penal citado, por lo que puede cometer el delito de corrupción privada<sup>499</sup>. Sin perjuicio de que sobre la cuestión ya existía cierta discusión doctrinal<sup>500</sup>, esta decisión tuvo un gran impacto en el sector farmacéutico y sanitario; dado que, por primera vez, un tribunal consideraba que los médicos vinculados a entidades privadas podían cometer un delito de corrupción, en términos similares a los médicos que son empleados o funcionarios públicos<sup>501</sup>.

---

<sup>497</sup> Sobre esta cuestión, véase BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 160 y 161.

<sup>498</sup> OLG Braunschweig, Beschluss vom 23. Februar 2010 (Ws 17/10); disponible en <http://openjur.de/u/222110.html>, consulta agosto 2015.

<sup>499</sup> Con más detalle, BROCKHAUS, M., DANN, M., TEUBNER, P. y TSAMBIKAKIS, M., «Vertragsarzt als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkasse (zugleich Anm. zu OLG Braunschweig StV 2010, 365)», *wistra*, 2010, págs. 418 a 422; EGGERTS, O. y KLÜMPER, M., «Die Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB. Was ändert sich auf Grund des Beschlusses des OLG Braunschweig?», *A&R*, 5/2010, págs. 211 a 217; KLÜMPER, M., «§ 299 StGB – Die Konsequenzen aus dem Beschluss des OLG Braunschweig. Droht das Aus für die Zusammenarbeit von Industrieunternehmen mit niedergelassenen Ärzten?», *Lützel und Partner Rechtsanwälte. Newsletter: Compliance* (disponible en <http://www.luetzeler.eu/downloads/newslettercomplianceolgbraunschweig299stgb.pdf>; consulta agosto 2015); EHLERS, A. P. F. y EBERMANN, T., «Beschluss des Oberlandesgerichts Braunschweig und mögliche Folgen. Der Vertragsarzt – nun doch Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des Strafgesetzbuchs?», *Herz*, nº 4, 2010, págs. 292 y 293.

<sup>500</sup> SAHAN, O., «Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 1 StGB?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2007, págs. 69 a 74, *passim*.

<sup>501</sup> KLÜMPER, M., «§ 299 StGB - Die Konsequenzen...?», ob. cit., pág. 1.

La polémica se pretendió zanjar por el *BGH*, en su sentencia de 23 de febrero de 2012<sup>502</sup> (dictada en el denominado «caso Ratiopharm»), que consideró que el médico en estos casos no actúa como un funcionario público, ni puede entenderse que sea un «encargado» de la compañía de seguros en el sentido del § 299 *StGB*.

En el procedimiento concreto, la sentencia de instancia fue condenatoria, considerando probado que una representante de una empresa de productos farmacéuticos pagó sobornos en varias ocasiones, mediante un sistema de incentivos, a diversos médicos para que prescribieran medicamentos de su propia empresa. A cambio, el médico obtenía el 5% del precio de fabricación del producto y los pagos se justificaban como honorarios por conferencias científicas ficticias.

El *BGH* considera que en un sistema contractual de atención médica, el médico no recibe por medio de su contrato individual ninguna tarea propia de la Administración Pública<sup>503</sup>. A continuación, añade que la relación entre asegurado y médico está determinada, esencialmente, por elementos de confianza personal y libertad del asegurado; así como que la forma y duración del tratamiento resultan en cada caso de una relación personal entre el paciente y el médico. Estas condiciones alejan la relación entre ambos de la propia de un sistema público, por lo que el médico no puede ser tratado como un empleado de tal naturaleza<sup>504</sup>.

Pero tampoco puede ser castigado conforme al § 299 *StGB*, porque ni el contrato con la compañía de seguros ni el contrato con el médico son los elementos decisivos para influir en la aparición de una relación de tratamiento individual, sino que tal decisión recae en el paciente, que puede elegir libremente a su médico. Si al médico lo elige el paciente y aquél actúa fundamentalmente en interés de éste y no de la compañía de seguros, entonces no puede ser considerado «encargado» de ella, a los efectos de aplicar el § 299 *StGB*<sup>505</sup>.

La cuestión debatida aún no se ha cerrado en Alemania. Precisamente, las consecuencias de la indicada sentencia del *BGH* han dado lugar a una iniciativa de reforma legislativa del *StGB*. Así, a inicios de 2015, el Gobierno federal presentó un proyecto de ley regulando la corrupción activa y pasiva en

---

<sup>502</sup> *BGH GSSt* 2/11 (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/11/gs-2-11.php>; consulta agosto de 2015).

<sup>503</sup> *Gründe* III, 1, b).

<sup>504</sup> *Gründe* III, 2, b), aa).

<sup>505</sup> *Gründe* IV, 2, b), bb).

el sector sanitario. En el estado actual de tramitación<sup>506</sup>, la reforma supondría la introducción de un nuevo § 299a *StGB*, para castigar las conductas de corrupción pasiva y un nuevo § 299b *StGB*, para hacer lo propio con las conductas de corrupción activa.

Mediante esta reforma se pretende castigar las conductas de corrupción relacionadas con las personas que sean miembro de una profesión sanitaria y se desarrollen en el ámbito de la compra, prescripción, administración o dispensa de medicamentos, remedios terapéuticos, aparatos o dispositivos médicos o material de ensayo<sup>507</sup>.

### **2.3. En el tráfico comercial**

El autor ha de actuar en el tráfico económico con cualquier finalidad comercial. Debe realizar una actividad que se lleve a cabo con fines económicos privados y en el seno de un establecimiento o empresa comercial.

En relación con las condiciones de tal entidad se ha discutido en Alemania qué sucede cuando se trata de un ente que es de capital privado y público.

Concretamente, se planteó en el caso conocido como *Kölner Müllskandal*. En síntesis, lo sucedido fue lo siguiente: en 1990, el Ayuntamiento de Colonia decidió fundar una sociedad -AVG-, en la que participaban el propio Ayuntamiento y dos empresas privadas, para la utilización y reciclaje de residuos. Una de las tareas asignadas a dicha sociedad era la construcción de una planta de incineración de residuos, para lo que se anunció un concurso, en el que se recibieron varias ofertas de diversas empresas. Una de las empresas licitadoras acordó con los directivos de AVG el pago de una comisión ilegal de un 3% del valor de adjudicación, si obtenían la misma a su favor; de modo que los directivos de AVG hicieron llegar a la empresa citada el contenido del resto de las ofertas presentadas. La empresa, con esta información, presentó la oferta más favorable, por lo que obtuvo la adjudicación. El pago de las comisiones (por

---

<sup>506</sup> *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen* (véase Bundesrat Drucksache 16/15 - 15.01.15).

<sup>507</sup> Con más detalle, véase REHMANN, W. y HEIMHALT, D., «Bribery Act - Germany gets ready for stricter criminal laws», *TaylorWessing* (disponible en <http://www.taylorwessing.com/synapse/march15.html>; consulta agosto de 2015). También, *Positionen des GKV-Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012*, Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 17(14)0339, que se muestra favorable con la reforma proyectada.

más de 21 millones de marcos) se extendió hasta el año 2000, mediante diversas empresas suizas.

En este caso, los acusados fueron condenados por administración desleal, corrupción privada y delito fiscal, a penas de 3 años y 9 meses de prisión y de 2 años de prisión<sup>508</sup>.

Se aplicó el delito de corrupción privada y una de las cuestiones debatidas fue si ello era posible, atendiendo a la composición pública-privada del capital de la sociedad<sup>509</sup>. La sentencia del *BGH* entiende que es posible aplicarlo<sup>510</sup>, porque *AVG* se dedicaba a una actividad (gestión de residuos) que ha sido siempre considerada como de responsabilidad pública, pero muchas de estas tareas (como las relativas a la gestión de la energía o el agua), después de la liberalización de los mercados, también se proporcionan por empresas privadas, por lo que este criterio no es determinante. Lo relevante, para decidir si una entidad es pública, es que se pueda concluir, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes si, con independencia de la forma de organización - ya sea de Derecho público o privado-, la misma aparece como una «prolongación del Estado»<sup>511</sup>, por estar sujeta al cumplimiento de funciones públicas y al control estatal.

En el caso, el *BGH* entendió que *AVG* no podía ser considerada como tal, dado que el capital privado, a través de su participación, tenía influencia para decidir en las principales decisiones de la empresa. Así, los socios privados, con su participación del 25,1%, tenían una minoría de bloqueo para decidir sobre los asuntos importantes de la compañía, ya que los estatutos recogían que sólo podían ser decididos por una mayoría de tres cuartos<sup>512</sup>. A lo que se añade que tenían reconocido el derecho a designar un representante para el área técnica y uno de los acusados fue el Vicepresidente del Consejo de Administración. En

---

<sup>508</sup> Véase, *BGHSt* 50, 299 (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/05/5-119-05.php>; consulta 1 de abril de 2015).

<sup>509</sup> Otra de las cuestiones debatidas a causa de esta sentencia ha sido el alcance del comiso. Sobre ello, véase BLANCO CORDERO, I, «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 27, 2007, Universidade de Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones, págs. 39 a 75, *passim*.

<sup>510</sup> *Gründe* II.1.

<sup>511</sup> La sentencia utiliza literalmente la expresión *verlängerter Arm*, esto es, «brazo extendido».

<sup>512</sup> Concretamente, se trataba de asuntos como la venta de una parte de la entidad, la modificación de estatutos, la destitución de determinados cargos, las decisiones sobre inversión y endeudamiento, la celebración y terminación de determinados contratos o el nombramiento de los auditores externos.

consecuencia, el *BGH* consideró que era factible aplicar el delito de corrupción privada.

### 3. Conducta típica

La conducta típica en el delito de corrupción pasiva consiste en exigir, obtener la promesa o aceptar, una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en una situación de competencia, referida a la adquisición de mercancías o productos o servicios comerciales. Mientras que en la modalidad activa consiste en ofrecer, prometer o proporcionar una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para que le prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición productos o servicios comerciales.

En definitiva, se trata de conductas para otorgar u obtener un beneficio al que el dependiente o encargado no tiene derecho, para favorecer a otro de manera desleal en un ámbito de competencia.

La doctrina entiende que si el tipo habla de «contraprestación», supone que el favorecimiento debe consistir en una acción determinada<sup>513</sup>; es decir debe procurarse en relación con un prestación concreta<sup>514</sup>. De tal modo que la ventaja que se acepta o entrega para asegurar una disposición favorable en general («para crear un buen clima de negocios») no resulta suficiente a efectos penales<sup>515</sup>.

Por otra parte, el carácter desleal del favorecimiento en la competencia no se desprende de la infracción de deber del sujeto en relación con el principal, sino de la relación con los competidores del mismo<sup>516</sup>. El carácter desleal se desprende del peligro de que el dependiente o encargado adopte la decisión a favor o en contra de determinados oferentes o compradores por razones interesadas<sup>517</sup>. Es decir, el tipo penal no exige una infracción de los deberes que se tengan respecto al principal<sup>518</sup>.

---

<sup>513</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4.

<sup>514</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 142, n. m. 206.

<sup>515</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 142, n. m. 206.

<sup>516</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 143, n. m. 207.

<sup>517</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 143, n. m. 207.

<sup>518</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 140, n. m. 200; NÖCKEL, A., «Grundprobleme zu § 299 StGB. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 1/2013, págs. 50 a 56, esp. pág. 55.

Como consecuencia de esta configuración el dependiente o encargado comete el delito aunque el empresario consienta su actividad, es decir, aunque éste sepa que su subordinado está aceptando o recibiendo dádivas de un tercero, ya que no se exige que incumpla las obligaciones que tenga con su principal ni que actúe sin el conocimiento y consentimiento de éste.

Éste último aspecto es relevante, dado que el delito no exige que el sujeto incumpla los deberes que ha contraído o que surgen de su relación con el principal. Basta con la vulneración de la competencia leal, sin que sea preciso además que el sea desleal a su principal, desoyendo sus instrucciones o incumpliendo los deberes que le impone o derivan de su relación de subordinación. Así lo entiende la mayoría de la doctrina alemana, de modo que no exige, en interés de una protección de la competencia lo más eficaz posible, una vulneración del deber en una relación interna<sup>519</sup>.

KINDHÄUSER se muestra crítico con este parecer, considerando que para que el hecho pueda ser penalmente sancionado es necesaria una contradicción de intereses, esencial para la corrupción, en la relación interna principal-subordinado<sup>520</sup>. De modo que si éste actúa con conocimiento de aquél su conducta no debe ser punible, precisamente porque la corrupción se define por el hecho de que el subordinado se coloca en una situación de incompatibilidad de intereses, al ponerse al servicio de dos «señores»: el principal y el otorgante de la ventaja<sup>521</sup>.

#### **4. LA CLÁUSULA DE EXTRATERRITORIALIDAD (§ 299 (3) *StGB*)**

El apartado (3) del § 299 *StGB* permite la aplicación de la ley penal alemana a hechos ocurridos en el extranjero.

El precepto no habla expresamente de hechos cometidos en el extranjero, sino de hechos relativos a la competencia extranjera<sup>522</sup>. No obstante, la doctrina alemana se ha mostrado sumamente restrictiva a la hora de interpretar esta cláusula, defendiendo que es necesario que el hecho se cometa, al menos en parte, en el territorio alemán o que afecte a empresas alemanas.

---

<sup>519</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 14.

<sup>520</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 15.

<sup>521</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 14.

<sup>522</sup> Véase, por todos, RÖNNAU, T., *Wirtschaftskorruption...*, ob. cit., págs. 276 a 282; también VORMBAUM, T., *Beiträge zum Strafrecht...*, ob. cit., pág. 305.

## 5. APLICACIÓN DEL DELITO EN ALEMANIA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Ya hemos indicado la escasa incidencia práctica que tuvo en Alemania la regulación de la materia en la normativa de defensa de la competencia. Si bien desde que los hechos se introdujeron en el *StGB*, la aplicación de la ley penal ha sido más frecuente -sobre todo en los últimos años-<sup>523</sup>, habiendo sucedido algunos supuestos de renombre.

BACIGALUPO<sup>524</sup>, de acuerdo con la doctrina alemana, indica que en la práctica la ejecución de las acciones típicas de corrupción se presentan más o menos enmascaradas y que las modalidades de la acción típica que se suelen describir son: «alimentar» (*Anfüttern*<sup>525</sup>), los *kickbacks* y las «cajas negras» destinadas a sobornos. En Alemania han sucedido hechos referidos a las tres modalidades.

### 1. Las conductas de «alimentación»

En el concepto de «alimentar» se incluyen regalos, invitaciones a espectáculos de diversa naturaleza (musicales, deportivos), introducción en círculos privilegiados, obtención de preferencias, etc. Es decir, se realizan sucesivas entregas de obsequios de reducido valor económico o de pequeñas cantidades que, al final, generan una red de dependencia o subordinación. Estas prácticas se encuentran en una zona límite, donde es difícil determinar lo que es subsumible en el tipo penal.

En este ámbito, cabe reseñar el llamado *WM-Ticket-Affäre* («caso de las entradas de la Copa Mundial»). En noviembre de 2006, Utz Claassen, consejero delegado de la compañía energética *Energie Baden-Württemberg AG (EnBW)*<sup>526</sup>, fue juzgado por la *Große Strafkammer des Landgerichts Karlsruhe*, por un posible delito de cohecho a funcionarios públicos del § 333 *StGB*. Se le acusaba

---

<sup>523</sup> Como ejemplo, entre marzo de 2011 y marzo de 2013, consta la condena a 80 personas por el delito de corrupción privada. En el mismo período, 43 personas fueron sancionadas por soborno de funcionario público extranjero y 18 por delito fiscal. Así lo indica el informe adoptado por la OCDE, el día 15 abril de 2013, sobre la implementación en Alemania del Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales; véase *Germany: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations. April 2013* (disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/GermanyPhase3WrittenFollowUpEN.pdf>; consulta agosto 2015), pág. 3. Sobre el citado informe, BOYNE, S. M., *The German Prosecution Service: Guardians of the Law?*, Springer, 2014, págs. 119 a 149, esp. pág. 140.

<sup>524</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 162.

<sup>525</sup> *Anfüttern*, literalmente, «cebar».

<sup>526</sup> *EnBW* es la tercera empresa energética de Alemania y tiene su sede social en Karlsruhe.



por parte de la Fiscalía de haber entregado, como regalo de Navidad en el año 2005, entradas para la Copa Mundial de Fútbol (que se celebró en Alemania en 2006) a varios ministros y al primer ministro del *Land* de Baden-Württemberg. Las entradas superaban el valor de 2000 euros y se mantenía por la acusación pública que fueron enviadas con el fin de influir en las decisiones de un funcionario público en asuntos oficiales.

Utz Claassen fue absuelto<sup>527</sup>, considerando el Tribunal de instancia que envió las entradas en calidad de consejero delegado de uno de los patrocinadores del evento (*EnBW* fue el principal patrocinador, aportando más de 12 millones de euros). En tal calidad podía hacer llegar las entradas como invitación a los representantes políticos, para enfatizar así su colaboración con el bien público, de manera que el acto seguía estando dentro del área del patrocinio y no se podía imputar a una conducta de posible cohecho<sup>528</sup>. Esta decisión de absolución fue confirmada posteriormente por el *BGH*, en sentencia de 14 de octubre de 2008<sup>529</sup>.

Si bien se trata de un supuesto de posible aplicación de un delito de cohecho referido a funcionarios públicos -y no de un delito de corrupción privada-, lo relevante de este caso, a los efectos de este segundo delito, son las consecuencias que produjo en el ámbito de la llamada «hospitalidad» y el mundo del deporte: en julio de 2011, la asociación S20<sup>530</sup>, el Comité Olímpico Alemán y el Ministerio Federal Alemán del Interior, presentaron en Berlín la guía *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfaden*<sup>531</sup>.

Esta guía parte de la base de que es una práctica habitual, por parte de las empresas, la invitación a eventos deportivos y culturales, tanto de posibles socios comerciales como de autoridades. Por lo que pretende arrojar luz sobre las posibles repercusiones legales de las invitaciones a eventos deportivos y culturales y proporcionar recomendaciones concretas el efecto. Así como

---

<sup>527</sup> Con más detalle, «Strafverfahren gegen Prof. Dr. Utz Claassen, Vorstandsvorsitzender der EnBW AG, wegen Verdachts der Vorteilsgewährung eröffnet», 9 de noviembre de 2006 (disponible en <http://www.landgericht-karlsruhe.de/pb/Lde/1160407/?LISTPAGE=1160395>, consulta agosto 2015); y «Ehemaliger Vorstandsvorsitzender der EnBW Professor Dr. Utz Claassen vom Vorwurf der Vorteilsgewährung freigesprochen», 28 de noviembre de 2007 (disponible en <http://www.landgericht-karlsruhe.de/pb/Lde/1160367/?LISTPAGE=1160347>, consulta agosto 2015).

<sup>528</sup> *LG Karlsruhe*, 28.11.2007 -3 KLS 620 Js 13113/06-.

<sup>529</sup> *BGH* 1 StR 260/08 (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/08/1-260-08.php>; consulta agosto de 2015).

<sup>530</sup> La asociación S20 engloba a las empresas patrocinadoras de eventos deportivos que operan en Alemania (su página web es <http://www.s20.eu/>).

<sup>531</sup> Disponible en [http://www.dosb.de/fileadmin/fm-dosb/downloads/recht/Sponsoren\\_S20\\_leitfaden\\_250711.pdf](http://www.dosb.de/fileadmin/fm-dosb/downloads/recht/Sponsoren_S20_leitfaden_250711.pdf); consulta agosto de 2015.

eliminar la incertidumbre que el *WM-Ticket-Affäre* generó y que podía dar lugar a que las empresas no pudieran utilizar estas atenciones y se generara un éxodo de patrocinadores<sup>532</sup>.

En la citada guía se describen los tipos penales aplicables, en relación con las atenciones que pueden darse en esta materia por parte de las empresas, y se describen normas de conducta que deben seguirse a la hora de proceder a realizarlas. Expresamente, se cita la posibilidad de que los hechos lleguen a ser constitutivos de un delito de corrupción privada del § 299 *StGB*<sup>533</sup>.

## **2. Los *kickbacks***

En segundo lugar, otra modalidad frecuente de conducta típica -por no decir la más frecuente- son los *kickbacks*.

Como ya hemos indicado, SCHÜNEMANN los define como los supuestos «en que el representante, a la hora de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la contraparte que ésta le entregue en privado una parte del dinero que tendrá que abonar su principal, normalmente en efectivo o a través de una sociedad fantasma extranjera»<sup>534</sup>.

En Alemania son conocidos supuestos de renombre, en los que mediaron *kickbacks*. Concretamente, en el caso *System-Schreiber* (o de la venta de tanques a Arabia Saudí en la primera guerra del Golfo)<sup>535</sup>, el *Kölner Müllskandal* («escándalo de los residuos de Colonia»)<sup>536</sup>, el caso del *Allianz-Arena* o el escándalo *Media-Markt*.

### **2.1. La venta de tanques a Arabia Saudí**

En este caso, antes de la primera Guerra del Golfo, el Reino de Arabia Saudí tenía un gran interés en la adquisición de tanques, por lo que en enero de 1991 se concluyó un contrato de compraventa de 36 vehículos blindados tipo *Fuchs* (26 de transporte y 10 vehículos blindados de reconocimiento) entre la firma *Thyssen-Henschel*, el Ministerio de Defensa alemán y el Gobierno de Arabia

---

<sup>532</sup>*Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., pág.4.

<sup>533</sup> Sobre el contenido concreto de esta guía, trataremos posteriormente en la parte de este trabajo dedicado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>534</sup> SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña...», ob. cit., pág. 136.

<sup>535</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163.

<sup>536</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 164 y 165. Una comparación entre estos dos primeros casos, sobre las cuestiones que se plantean en relación con el delito de administración desleal, se contiene en SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña...», ob. cit., págs. 138 a 148.

Saudí, por un precio de 446 millones de marcos alemanes. El Gobierno alemán emitió poco después los permisos necesarios para la exportación<sup>537</sup>.

Pero, además de los tanques, se incluía la venta de un *Logistikpaket* (paquete de logística) que, en realidad, escondía casi exclusivamente comisiones, que se pagaron a diferentes destinatarios que habían participado en la facilitación del negocio<sup>538</sup>. Tras una serie de transferencias y movimientos bancarios por medio de cuentas en el extranjero, una parte de esas comisiones retornó a los propios administradores de *Thyssen-Henschel*, que fueron acusados por estos hechos y condenados por administración desleal y delito fiscal (no por corrupción privada, dada la fecha de los hechos), a las penas de 5 años y 2 años y 4 meses de prisión<sup>539</sup>.

## 2.2. El Kölner Müllskandal

En el caso del *Kölner Müllskandal*, el hecho no consistía tanto en el abono de comisiones para obtener la adjudicación de un contrato, sino en el abono de las mismas para obtener información sobre las ofertas de los demás competidores, con la finalidad de poder mejorarlas y obtener la adjudicación<sup>540</sup>. Al mismo ya nos hemos referido con anterioridad, al tratar sobre la posibilidad

---

<sup>537</sup> Esta decisión del Gobierno se vio envuelta en polémica, porque apareció una carta, en la que el vendedor de armas Karlheinz Schreiber -quien trabajaba para la filial canadiense de Thyssen- pedía a Walther Leisler Kiep, tesorero de la CDU (Unión Cristiano Demócrata, el partido de Helmut Kohl, que en aquel momento era el canciller alemán) que se informara a Kohl del deseo de los sauditas de comprar los tanques y, poco después, el gobierno dio luz verde al negocio. Seis meses más tarde, en el sur del país, cerca del lago de Constanza, Schreiber se encontró en el estacionamiento de un supermercado con dos de los principales responsables de las finanzas de la CDU: Horst Weyrauch, asesor en impuestos, y Kiep, el entonces tesorero del partido, y les entregó una maleta con 1 millón de marcos. Este hecho y otros relativos a una posible financiación ilegal de la CDU salieron a la luz en 1999. Helmut Kohl y Wolfgang Schäuble estuvieron bajo sospecha de estar implicados en estos hechos, si bien nunca se planteó acusación al respecto; pero por los pagos que Karlheinz Schreiber hizo al entonces ministro de Defensa, Ludwig-Holger Pfahls, éste fue condenado, en 2005, a 2 años y 3 meses de prisión. Por otra parte, en agosto de 2009, Schreiber fue extraditado de Canadá a Alemania, y fue condenado en 2010 a 8 años de prisión por delito fiscal, si bien la condena fue revocada en 2011; tras un nuevo juicio en 2013, fue condenado a 6 años y 6 meses de prisión.

<sup>538</sup> Se utilizó esta fórmula porque el artículo 13.2 del contrato con Arabia Saudí prohibía cualquier comisión por mediación en el contrato, de manera que si se pagaban, Arabia Saudí, como compradora, tenía derecho a reducir el importe de las comisiones del precio de compra.

<sup>539</sup> Véase, *BGHSt* 49, 317. Sobre estos hechos, véase también *BGH 5 StR* 299/03 (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/03/5-299-03.php3>; consulta abril de 2015).

<sup>540</sup> Cfr., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 241. Sobre la determinación del perjuicio patrimonial en estos casos, SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña...», ob. cit., pág. 142 a 145.

de que empresas de capital mixto (público-privado) pudieran ser incluidas en el tipo penal, concluyendo el *BGH* que sí era factible<sup>541</sup>.

### 2.3. El caso del *Allianz-Arena*

En el «caso de la construcción del *Allianz Arena*», la condena lo fue por administración desleal y corrupción privada<sup>542</sup>. También en este caso se percibió una comisión para facilitar información de las ofertas de otros competidores, que habían presentado proyectos para la construcción de un estadio de fútbol. Se trataba del *Allianz Arena*, sito en Múnich, y cuyos equipos titulares son el *FC Bayern München* y el *TSV 1860 München*. Precisamente, uno de los condenados fue uno de los directivos de este segundo equipo, ya que la decisión de otorgar el contrato se tomó por parte de un consorcio (llamado *Stadion GmbH*) en el que participaban ambos clubes y del que el acusado era Director General.

La sentencia del *BGH*<sup>543</sup> considera que es correcto entender que había una situación de competencia efectiva, que el citado acusado era un sujeto activo de los incluidos en el tipo penal, que operaba en el tráfico económico y que se trataba de servicios comerciales. Además, que la ventaja era parte de un acuerdo injusto, la cantidad abonada era persuasiva y debía entenderse como un soborno, para entregar información secreta. Lo que había supuesto una preferencia entre dos candidatos y la desventaja de un competidor.

### 2.4. El escándalo *Media-Markt*

En el año 2014, mediante sentencia de 11 de febrero de 2014, el *BGH*<sup>544</sup> confirmó la condena impuesta a Michael Rook, ex jefe de la división de electrónica de la cadena *Media-Markt*, aplicando el § 299 *StGB*, considerando que había aceptado numerosos sobornos por parte de un empresario, con el fin de que se vendieran contratos de línea *ADSL* en los establecimientos de la cadena. En la instancia fue declarado culpable de 63 delitos de corrupción privada y condenado a una pena total de 5 años y 3 meses de prisión. El *BGH*

---

<sup>541</sup> Estos hechos también tuvieron repercusión en la vida política alemana. En este caso, por parte de los directivos de *AVG* se hicieron donaciones al SPD (Partido Socialdemócrata de Alemania de Colonia, entre 1994 y 1999, para asegurar su aprobación de la construcción de la incineradora de residuos. Las donaciones eran contrarias a la ley. Estos hechos se conocen como el *Kölner Spendenskandal* o *Kölner Spendenaffäre* (el «escándalo de las donaciones de Colonia»).

<sup>542</sup> *BGH* 1 *StR* 50/06 (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/06/1-50-06.php>; consulta abril de 2015).

<sup>543</sup> *Gründe* B. IV.

<sup>544</sup> *BGH* 1 *StR* 355/13 (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/13/1-355-13.php>; consulta agosto 2015).

confirmó la sentencia de instancia, ya que se limitó a declarar prescritos 3 de los delitos, sin afectar al total de la condena<sup>545</sup>.

### 3. Las «cajas negras»

La tercera modalidad de acción típica que también ha sido descrita es la utilización de «cajas negras» o «cajas B», fuera del control contable, para ocultar los pagos realizados con el fin de obtener contratos mediante soborno<sup>546</sup>. Un supuesto conocido mundialmente fue el de las «cajas negras» para soborno de Siemens, en el que la citada entidad contaba con un fondo de miles de millones de dólares para abonar sobornos en diversos países y obtener así contratos (especialmente de telefonía móvil)<sup>547</sup>.

### 4. Las reformas proyectadas

Al hablar de los sujetos del delito, hemos hecho referencia a que se halla en trámite un proyecto de reforma del *StGB* para tipificar expresamente la corrupción privada en el sector sanitario. Pero esta no es la única iniciativa legislativa sobre el particular: también a inicios de 2015, el Gobierno federal presentó un nuevo proyecto de ley de lucha contra la corrupción<sup>548</sup>, que pretende reformar el § 299 *StGB*.

La principal reforma que se pretende consiste en castigar toda forma de corrupción privada, aunque no suponga un ataque a la competencia, de modo que se considere también cometido este delito cuando el acto de corrupción suponga un incumplimiento de las obligaciones en relación con el principal.

Esta reforma guarda estrecha relación con la limitación que contiene el artículo 2.3 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, según la cual

---

<sup>545</sup> *Gründe* III. La sentencia versa fundamentalmente sobre cuestiones procesales y de prescripción.

<sup>546</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163.

<sup>547</sup> Sobre este supuesto, véase BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos *Kanther/Weyrauch* y *Siemens-KWU*», *Diario La Ley*, nº 7295, 1 de diciembre de 2009, *passim*. Un estudio de los hechos y sus consecuencias se contiene en GRAEFF, P., SCHRÖDER, K. y WOLF, S., *Der Korruptionsfall Siemens: Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland*, Nomos, 2009, *passim*; y KLINKHAMMER, J., «Varieties of corruption in the shadow of Siemens: a modus operandi study of corporate crime on the supply side of corrupt transactions», en VAN ERP, J., HUISMAN, W. y VANDE WALLE, G., *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, págs. 318 a 335, *passim*.

<sup>548</sup> *Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption*.

todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación de los delitos a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales. Alemania emitió tal declaración, pero la misma tenía validez hasta junio de 2010<sup>549</sup>.

Por ello, la reforma redacta el § 299 *StGB* de manera que cubra los casos donde el hecho del soborno supone un incumplimiento del deber por un empleado o encargado de una empresa, fuera de cualquier contexto competencial. El proyecto de ley considera que § 299 *StGB* no solo debe servir para proteger la competencia, sino también para salvaguardar los intereses del empleador, en lo que al intercambio de mercancías y servicios se refiere. De tal modo que expresamente se considera corrupción privada la exigencia, aceptación, oferta o entrega de una ventaja, para sí o para un tercero, en la compra de bienes o servicios cuando ello suponga una violación de los deberes que le unen con su empresa<sup>550</sup>.

#### IV. FRANCIA

##### 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

###### 1. La regulación inicial

En Francia<sup>551</sup>, originariamente, las conductas de corrupción activa y pasiva sólo se aplicaban, conforme a los artículos 177 y ss. del Código Penal, a los funcionarios y agentes o empleados públicos. A falta de un tipo penal específico, se acudía a la figura del abuso de confianza de los artículos 405 a 408 del *Ancien Code Pénal* para castigar las conductas de corrupción privada.

---

<sup>549</sup> Sobre esta cuestión, véase KUBICIEL, M., «Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 *StGB*», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13/2014, págs. 667 a 673; TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo...», ob. cit., pág. 36.

<sup>550</sup> En sentido crítico con una posible reforma en la línea indicada, SPRAFKE, J., *Criminal Compliance...*, ob. cit., pág. 20, porque considera que supone una expansión considerable de la norma penal, sería factible que los convenios y los contratos individuales de trabajo determinaran acciones penalmente relevantes y podría ser contraria a la necesidad de certeza de la norma. También TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo...», ob. cit., pág. 36.

<sup>551</sup> Una panorámica general acerca de la lucha contra la corrupción en Francia, se puede consultar en RIFFAULT-SILK, J., «La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, nº 2, 2002, págs. 639 a 661.

Posteriormente, las conductas cometidas en el ámbito privado se incluyeron en dicho texto penal, mediante una extensión a los empleados, dependientes o encargados, asalariados o remunerados en cualquier forma, entre otros sujetos<sup>552</sup>, a través de la Ley de 16 de febrero de 1919<sup>553</sup> y la Orden de 8 de febrero de 1945.

Dados los términos tan amplios en los que se recogía la condición del sujeto que podía ser sobornado, la jurisprudencia consideró como tal al jefe de un departamento<sup>554</sup>, el director de una sucursal<sup>555</sup> o de una agencia bancaria<sup>556</sup>. Pero también el presidente de un Consejo de Administración o el gerente, remunerado al efecto, de una sociedad comanditaria simple<sup>557</sup>; si bien esta extensión del delito a personas no ligadas por una relación de subordinación - cuya existencia se extrae del hecho de que el tipo utilizaba el término «asalariado»- fue objeto de crítica doctrinal<sup>558</sup>.

La conducta debía llevarse a cabo sin el conocimiento y consentimiento del empleador o propietario, porque su consentimiento expreso o tácito, justificaba el hecho; de modo que se entendía que el delito implicaba necesariamente que la solicitud o la oferta fuera anterior al acto prometido o realizado a cambio y debía ser un hecho desconocido para el empleador<sup>559</sup>. Con ello, el legislador tenía en cuenta las profesiones en las que las propinas o comisiones son una parte apreciable de la remuneración oficial del asalariado, para que no temieran el castigo de esa práctica como soborno<sup>560</sup>. Si bien ello no se aplicaba a la petición o aceptación por parte del sobornado de una comisión suplementaria<sup>561</sup>. Además, aunque normalmente el soborno se tradujera en el ofrecimiento de una suma de dinero, también se admitió en el caso en el que la promesa consistió en una oferta de empleo en una empresa concurrente<sup>562</sup>.

---

<sup>552</sup> La extensión paulatina del delito a otros sujetos se puede consultar en VOUIN, R., *Droit pénal spécial*, 6ª edición (por RASSAT, M. L.), Dalloz, París, 1988, págs. 699 y 700.

<sup>553</sup> Precisamente, los abusos cometidos durante la 1ª Guerra Mundial en relación con la escasez de recursos, dio lugar a la introducción de este delito; BENILLOUCHE, M., «L'incrimination de la corruption en France», en DELMAS-MARTY, M., *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, VII, Les processus d'internationalisation*, M. S. H., París, 2001, págs. 45 a 50, esp. pág. 46.

<sup>554</sup> *Cass. Crim.* 7 de octubre de 1969.

<sup>555</sup> *Cass. Crim.* 6 de octubre de 1971.

<sup>556</sup> *Cass. Crim.* 7 de abril de 1966.

<sup>557</sup> *Cass. Crim.* 25 de marzo de 1929. Cfr. VOUIN, R., *Droit pénal...*, ob. cit., pág. 702.

<sup>558</sup> VÉRON, M., *Droit pénal des affaires*, Masson, París, 1992, pág. 108.

<sup>559</sup> VÉRON, M., *Droit pénal...*, ob. cit., pág. 109.

<sup>560</sup> *Cass. Crim.* 6 de noviembre de 1971.

<sup>561</sup> *Cass. Crim.* 29 de noviembre de 1929. Cfr. VOUIN, R., *Droit pénal...*, ob. cit., pág. 706.

<sup>562</sup> *Cass. Crim.* 15 de noviembre de 1973. En este punto, también se planteó si la ruptura del contrato de trabajo por el asalariado, que cuenta con una oferta de empleo en una empresa concurrente, constituía o no un acto de corrupción. Para obtener una respuesta se partía de una

## 2. El *Code du Travail*

Las conductas de corrupción entre particulares se trasladaron al *Code du Travail*, mediante la Ley de 16 de diciembre de 1992<sup>563</sup>. Esta norma, en la regulación del contrato de trabajo y en una sección que llevaba por título el de «Corrupción», modificó el artículo L 152-6 del *Code du Travail*, para castigar con pena de dos años de prisión y multa a cualquier director o empleado, que solicite o acepte, directa o indirectamente, sin el conocimiento y el permiso de su empleador, ofrecimientos o promesas, donaciones, regalos, descuentos o primas para llevar a cabo o abstenerse de realizar algún acto de su oficio o facilitado por su empleo (corrupción pasiva). La misma pena se imponía al que cediera a las exigencias definidas en el caso anterior o tomara la iniciativa al efecto (corrupción activa)<sup>564</sup>.

El concepto de empleado se entendía en un sentido amplio: quien ejerce una prestación de trabajo, a cambio de la cual percibe una remuneración. Si bien el criterio decisivo era la subordinación jurídica; es decir, la ejecución de un trabajo bajo las órdenes del empleador, que le puede dar instrucciones y directivas, controlar la ejecución de la prestación y sancionar las faltas cometidas<sup>565</sup>.

En términos generales, lo dicho en relación con la regulación anteriormente contenida en el Código Penal era aplicable a la figura introducida en el *Code du Travail*. El hecho de que ésta fuera su ubicación, la consideración del asalariado y empleado como sujeto del delito y la necesidad de realizar la conducta sin el conocimiento del empleador, convirtió a esta normativa en el

---

distinción: la ruptura inmediata sin respetar el plazo de notificación era tenida como delito, pero no la ruptura respetando el plazo de preaviso (*Cass. Crim.* 2 de febrero de 1971; *Cass. Crim.* 20 de enero de 1982). Cfr. VÉRON, M., *Droit pénal...*, ob. cit., pág. 111; y VOUIN, R., *Droit pénal...*, ob. cit., pág. 707.

<sup>563</sup> *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.*

<sup>564</sup> Concretamente, el citado precepto señalaba:

«Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal».

<sup>565</sup> Cfr. BENILLOUCHE, M., «L'incrimination de...», ob. cit., pág. 46.



prototipo de corrupción privada como delito cuya base es la infracción de un deber de lealtad en las relaciones laborales -como si se tratase de una infracción especialmente grave de las obligaciones derivadas de la relación laboral-. La regulación partía del hecho de que las relaciones entre empleadores y trabajadores deben basarse en la confianza, de modo que la vulneración de la misma produce una lesión a los intereses de la compañía y tal comportamiento ofensivo del deber de honestidad por parte de los empleados genera la responsabilidad penal<sup>566</sup>. Por ello, se calificaba como modelo de cuño *ius-laboral* en el que el desvalor de la acción residía en la violación de las reglas de la relación de trabajo<sup>567</sup>.

En tal sentido la jurisprudencia entendía que esas reglas u obligaciones derivaban del contrato de trabajo, los reglamentos de la propia empresa, los usos de la profesión y, en general, la legislación propia de su empleo<sup>568</sup>.

Así, se concebía la corrupción privada como una conducta que atentaba contra el deber de lealtad en la relación empleado-empresario. El delito se cometía por los empleados que recibían una ventaja o soborno sin el consentimiento del empleador, para realizar un acto o abstenerse de realizar un acto que era propio de la función que desempeñaban.

Las consecuencias fundamentales de esta regulación eran:

1) El sujeto activo del delito de corrupción pasiva sólo podía ser un empleado o subordinado, pero no el empresario. El núcleo del delito era que el empleado incumplía los deberes que tenía con relación a aquél.

2) El consentimiento del empresario excluía la conducta delictiva, ya que si el núcleo del delito era que el empleado incumplía los deberes que tenía con relación al mismo, si existía su anuencia no se incumplía deber alguno.

### **3. La reforma de 2005 y posteriores**

Sin embargo, la regulación varía en el año 2005 de manera sustancial, mediante la *Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice*, que procede

---

<sup>566</sup> ROUQUIE, S., *L'argent illicite et les affaires*, AEF, 2002, pág. 200.

<sup>567</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 63.

<sup>568</sup> En este sentido, el artículo L 152-6 permitía, por ejemplo, reprimir el espionaje comercial e industrial. Es decir la obtención por los competidores, y a causa de una remuneración, de informaciones de las que podía disponer el asalariado en el marco de sus funciones (*Cass. Crim.* 7 de octubre de 1969).

a la transposición de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Esta norma obedece a la consideración de que el esquema general de lucha contra la corrupción en el Derecho francés estaba orientado hacia la corrupción pública, prestando poca atención a la corrupción en las relaciones privadas, que era reprimida de manera restrictiva sobre la base de lo dispuesto en el *Code du Travail* (que fue objeto de aplicación en 31 sentencias de los tribunales entre 2000 y 2002 )<sup>569</sup>. De tal manera que por medio de la *Loi n° 2005-750* se introduce un «delito general contra la corrupción en el sector privado»<sup>570</sup>.

Para ello, la Ley reubica las conductas delictivas, nuevamente, en el Código Penal, eliminándolas del *Code du Travail*. A tal efecto, introduce un Capítulo titulado «De la corrupción de personas que no ejercen una función pública», dentro del Título IV (relativo a los atentados contra la fe pública), en el Libro Cuarto (referido a los delitos contra la nación, el Estado y la paz pública)<sup>571</sup>. El nuevo capítulo se compone de cuatro artículos: 445-1, 445-2, 445-3 y 445-4; que se dividen en dos Secciones: «De la corrupción pasiva y activa de personas que no ejercen una función pública» (Sección 1) y «Penas adicionales aplicables a las personas físicas y responsabilidad penal de las personas jurídicas» (Sección 2).

Posteriormente, los artículos 445-1 y 445-2 fueron modificados en 2007<sup>572</sup>, 2011<sup>573</sup> y 2013<sup>574</sup>.

## 2. REGULACIÓN ACTUAL

### 1. Modalidades del delito

---

<sup>569</sup> *Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice*, pág. 2. Esta Circular de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces de Ministère de la Justice, es de fecha 14 de febrero de 2006

<sup>570</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 2.

<sup>571</sup> El lugar elegido para insertar los delitos en el Código Penal refleja el hecho de que la corrupción en el sector privado no sólo afecta al orden económico, sino, en general, al orden social; *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 2.

<sup>572</sup> Mediante la *Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption*.

<sup>573</sup> Mediante la *Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*.

<sup>574</sup> Mediante la *Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.

## 1.1. Corrupción privada activa

El artículo 445-1<sup>575</sup> castiga el delito de corrupción privada activa de la siguiente manera:

«Se castiga con cinco años de prisión y una multa de 500.000 euros (esta cantidad puede ser aumentada hasta el doble de las ganancias derivadas de la infracción), el hecho, por cualquiera, de ofrecer, sin derecho a ello, ofertas, promesas, donaciones, regalos o cualquier otro beneficio para sí o para otro, en cualquier momento, directa o indirectamente, a una persona que, sin estar investida de autoridad pública ni desempeño de un servicio público, ni investido con un cargo público electivo, ejerce, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica, o cualquier organismo, para que realice o se abstenga de realizar, o porque ya ha realizado o se haya abstenido de realizar, cualquier acto de su actividad o función o facilitado por su actividad o función, en violación de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales.

Se castiga con las mismas penas el hecho, por cualquiera, de aceptar a una persona de las contempladas en el primer párrafo que solicita, sin derecho a ello, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, donaciones, regalos o cualquier otro beneficio, para sí misma o para un tercero, para que realice o se abstenga de realizar, o porque ya ha realizado o se haya abstenido de realizar, cualquier acto de su actividad o función o facilitado por su actividad o función, en violación de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales».

---

<sup>575</sup> Literalmente, dice lo siguiente:

«Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles».

Por tanto, regula dos conductas básicas: proponer o realizar un soborno a otro o ceder o aceptar la petición de soborno que ese otro le realiza. En este caso, el delito puede ser cometido por cualquiera.

## **1.2. Corrupción privada pasiva**

A su vez, el artículo 445-2<sup>576</sup> recoge la figura de la corrupción pasiva del siguiente modo:

«Se castiga con cinco años de prisión y una multa de 500.000 euros (esta cantidad puede ser aumentada hasta el doble de las ganancias derivadas de la infracción), el hecho de solicitar o aceptar, sin derecho a ello, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, donaciones, regalos o cualquier otro beneficio para sí o para otro, por una persona que, sin estar investida de autoridad pública ni desempeño de un servicio público, ni investido con un cargo público electivo, ejerce, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica, o cualquier organismo, para realizar o abstenerse de realizar, o porque ya ha realizado o se haya abstenido de realizar, cualquier acto de su actividad o función o facilitado por su actividad o función, en violación de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales».

En este caso, trata la actuación de quien solicita a otro un soborno o acepta un soborno de otro. El delito sólo puede ser cometido por una persona que ostenta una posición determinada, caracterizada por dos notas. La primera es que no ejerce función pública alguna; de tal manera que el «sector privado» se define por oposición al «sector público» («personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce»), garantizándose así la coherencia entre los

---

<sup>576</sup> Literalmente, dice lo siguiente:

«Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles».

delitos que afectan a sendos ámbitos<sup>577</sup>. La segunda nota característica es que esa persona sí ejerce, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica, o cualquier organismo.

## **2. Diferencias con la regulación anterior**

### **2.1. No exigencia de una relación de subordinación**

En este ámbito se halla el punto más importante de la reforma<sup>578</sup>: desaparece la condición restrictiva de la exigencia de una relación de subordinación del corrompido con un empleador. Ello supone una ampliación de la incriminación desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, la corrupción del sector privado no se reserva exclusivamente para los empleados, sino que podrá incluir, entre otros, a los directivos de una empresa o asociación o a los profesionales liberales (en la medida en que si abusan de su cargo o función en detrimento de su cliente, a causa del soborno, incurrirán en este delito, pese a la ausencia de subordinación a cualquier empleador<sup>579</sup>). El delito de corrupción en el sector privado no se reserva exclusivamente para los empleados, sino que puede ser cometido por cualquier persona, independientemente de su situación profesional, que realice una función de gestión o de trabajo para una persona física o jurídica, como el director de empresa, los socios, accionistas, empleados, auditores, analistas financieros o el abogado<sup>580</sup>.

También cabrá su aplicación a las personas que, llevando a cabo negocios en el sector público, no son depositarias de la autoridad pública o encargadas de un servicio público; esto es, para los empleados de las empresas estatales que operan en el sector competitivo de acuerdo con las normas del Derecho privado<sup>581</sup>.

Además, desde un punto de vista objetivo, la supresión de la condición de subordinado, en sentido laboral, del sujeto corrompido permite la aplicación

---

<sup>577</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 3.

<sup>578</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 4.

<sup>579</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 4.

<sup>580</sup> PEREIRA, B., «Éthique, gouvernance et corruption », *Revue française de gestion*, 6/2008, n° 186, págs. 53 a 77 (disponible en [www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2008-6-page-53.htm](http://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2008-6-page-53.htm); consulta agosto de 2013); esp. punto 18 de la edición digital; también PEREIRA, B., «Éthique commerciale...», ob. cit., puntos 14 y 15.

<sup>581</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 4.

del delito a las actividades no lucrativas<sup>582</sup>. Este aspecto es especialmente destacado por el *GRECO*, que en el Informe de evaluación adoptado en su 41ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 16 a 19 de febrero de 2009)<sup>583</sup>, indica:

«87. Sobre la corrupción privada, la criminalización elegida por la legislación francesa es conforme con los requisitos del art. 7 y 8 del Convenio. Incluso va más allá, ya que también permite incluir las actividades de las entidades sin ánimo de lucro, mejorando así la utilidad de este delito, dada la variedad de maniobras o procedimientos que pueden ser utilizados en la práctica».

## 2.2. No exigencia de clandestinidad

Otra diferencia con la regulación anterior es la referente a la eliminación de la condición de clandestinidad de la ventaja. El artículo L 152-6 del *Code du Travail* contemplaba la necesidad de que la acción se realizara sin conocimiento ni conocimiento del empleador. Esta limitación del alcance de la infracción se justificaba en el contexto de unas relaciones jerárquicas. Sin embargo, con la nueva regulación un empleado puede cometer el delito de cohecho pasivo a pesar de que su empleador esté al tanto de su actuación<sup>584</sup>. Al no referirse a la naturaleza encubierta de la contraprestación al sobornado, la nueva regulación es más sensible a todas las expresiones de pacto corruptor<sup>585</sup>.

Por otra parte, el delito exige que el corrompido actúe violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales. Si bien este factor no se debe considerar una novedad, ya que la jurisprudencia y la doctrina indagaban, respecto a la regulación anterior, si el empleado, con su conducta, traicionó o no las reglas de su profesión<sup>586</sup>. La esencia del delito de corrupción privada en el Derecho penal francés se encuentra constituida por la violación por parte del corrupto de sus obligaciones legales, contractuales o profesionales, con independencia de que se produzca o no un menoscabo de la competencia leal, por cuanto en ningún momento dicha violación de obligaciones aparece vinculada al marco de una actividad comercial<sup>587</sup>.

---

<sup>582</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 4.

<sup>583</sup> Disponible, en francés, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3\(2008\)5\\_France\\_One\\_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3(2008)5_France_One_FR.pdf); consulta agosto de 2013.

<sup>584</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 5.

<sup>585</sup> PEREIRA, B. « Éthique, gouvernance... », ob. cit., punto 19; y PEREIRA, B., «Éthique commerciale...», ob. cit., punto 16.

<sup>586</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 5.

<sup>587</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-

### 2.3. El soborno se puede cometer «en cualquier momento»

Finalmente, el hecho de que los tipos penales recojan la expresión «en cualquier momento» se debe a que hasta el año 2000, el Código Penal, al tratar los delitos de corrupción en el ámbito público, requería que el acto de soborno fuera anterior al acto a realizar u omitir. Así, se entendía que la remuneración pagada después de realizar el hecho u omitirlo no podía ser castigada, a menos que correspondiera al cumplimiento de una promesa anterior<sup>588</sup>. Sin embargo, la *Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption*<sup>589</sup>, reformó el Código Penal para señalar que el acto de soborno podría efectuarse «en cualquier momento». Pero esta reforma, introducida en los artículos 432-11, 433-2 y 434-9, del Código Penal no fue añadida al *Code du Travail*.

### 3. Otras normas aplicables

El Código Penal francés dedica una Sección a las penas adicionales aplicables a las personas físicas y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las penas adicionales se recogen en el artículo 445-3 del Código Penal y consisten en:

1) La interdicción de determinados derechos civiles (número 1).

2) La inhabilitación para el ejercicio de una función pública; el ejercicio de una actividad profesional o social relacionada con el ámbito en el que se cometió el delito; o el ejercicio de una profesión comercial o industrial de dirigir, administrar, gestionar o controlar de algún modo, directa o indirectamente, en su propio nombre o en nombre de otro, una empresa comercial o industrial (número 2).

3) El comiso del efecto del delito o del producto del mismo (número 3).

4) La exhibición o difusión de la sentencia pronunciada (número 4).

---

CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 339 a 365, esp. pág. 350.

<sup>588</sup> Cass. Crim. 14 de mayo de 1986.

<sup>589</sup> Sobre el contenido y alcance de esta norma, RIFFAULT-SILK, J., «La lutte contre... », ob. cit., págs. 651 a 655.

Por su parte, el artículo 445-4 del Código Penal recoge las penas aplicables a las personas jurídicas que sean consideradas responsables de los delitos de corrupción activa y pasiva<sup>590</sup>.

## V. ITALIA

### 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

#### 1. En general

En Italia tiene una gran tradición la regulación como delito de algunas conductas concretas que pueden suponer hechos de corrupción privada<sup>591</sup>. Por ejemplo, en el ámbito médico y farmacéutico, se castigaba, desde 1934, el denominado delito de *comparaggio*, que se aplicaba al médico, veterinario o farmacéutico que aceptaba dinero u otro beneficio (premios, regalos, viajes, etc.) con el fin de facilitar, con recetas o de cualquier otra manera, la distribución de medicamentos o cualquier otro producto farmacéutico<sup>592</sup>. En el año 2006 se aprobó el *Código del farmaco*, que prohíbe a médicos y farmacéuticos aceptar o solicitar regalos, ofertas o promesas de recompensas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, a menos que sean de valor insignificante y estén relacionadas con su actividad. De modo que en caso de contravenir esta prohibición, la pena prevista es la de prisión de hasta un año y multa de 400 a 1000 euros<sup>593</sup>.

La doctrina italiana venía reclamando la introducción de un modelo de incriminación de estas conductas análogo a los delitos de corrupción pública, como línea de protección adelantada, ante el peligro de contaminación del proceso de motivación de los actos de gestión, por la percepción de dinero u otra utilidad<sup>594</sup>. El legislador italiano procedió a la introducción de un tipo de corrupción privada en general, pero abordando la cuestión desde una óptica

---

<sup>590</sup> Acerca del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia, DECKERT, K., «Corporate Criminal Liability in France», en PIETH, M. e IVORY, R. (Editores), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011, págs. 147 a 176.

<sup>591</sup> Sobre los supuestos concretos de tipificación de conductas de corrupción privada, véase ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milan, 2008, pág. 297.

<sup>592</sup> El delito se recogía en los artículos 170 a 172 del *Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265. Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie*.

<sup>593</sup> Artículos 123 y 147 del *Decreto Legislativo 24 aprile 2006, n. 219. Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonche' della direttiva 2003/94/CE*.

<sup>594</sup> Cfr., FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 63, nota nº 10; también FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», en CERQUA, L. D., *Diritto penale delle società*, Wolters Kluwer, 2009, págs. 577 a 619, esp. pág. 579, nota nº 6.



«patrimonialista», de defensa del patrimonio social. Lo que se revela al exigir que la conducta cause un perjuicio a la sociedad.

Así, la *Legge 3 ottobre 2001 n. 366*<sup>595</sup>, delegó en el Gobierno la facultad de dictar decretos legislativos para la reforma de la normativa de las sociedades de capital y cooperativas y de los ilícitos penales y administrativos referidos a las sociedades comerciales. Haciendo uso de esta posibilidad, se dictó el *Decreto Legislativo 11 aprile 2002 n. 61*<sup>596</sup>, que regula tales ilícitos.

Concretamente, reformó el Título XI del Libro V del *Codice Civile*, que con la rúbrica «Disposizioni penali in materia di società e di consorzi», recoge diversos delitos<sup>597</sup>. Entre ellos, el artículo 2635, que tenía como rúbrica «*Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*» -es decir, infidelidad como consecuencia del otorgamiento o promesa de utilidad-, que describe la conducta de corrupción privada<sup>598</sup>. Con posterioridad, el citado precepto ha sido reformado por la *Legge 28 dicembre 2005, n. 262*<sup>599</sup>; por el *Decreto Legislativo 27 gennaio 2010 n. 39*<sup>600</sup>; y por la *Legge 6 novembre 2012, n. 190*<sup>601</sup>. Esta última ley ha modificado la rúbrica del precepto, sustituyéndola por la de «Corruzione tra privati».

## 2. La regulación anterior a la reforma de 2012

La redacción del artículo 2635 anterior a la reforma de 2012 era la siguiente:

«Los administradores, los directores generales, los directivos apoderados para la redacción de documentos sociales contables, los

---

<sup>595</sup> *Legge 3 ottobre 2001, n. 366. Delega al Governo per la riforma del diritto societario.*

<sup>596</sup> *Decreto Legislativo 11 aprile 2002, n. 61. Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366.*

<sup>597</sup> A pesar de que se trata del *Codice Civile*, éste contiene la descripción de los tipos penales a los que luego haremos referencia. En Italia han existido intentos legislativos de introducir este delito en el Código Penal, como es el caso del Proyecto de Ley de 25 de septiembre de 2007, que no llegó a aprobarse finalmente. Sobre el mismo, véase SPENA, A., «Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, nº 4, 2007, págs. 805 a 844, esp. págs. 807 y 808 y págs. 833 y 834.

<sup>598</sup> Sobre la evolución seguida y los trabajos legislativos previos a la introducción de este delito, FEBBRAI, R., «*Infedeltà a seguito...*», ob. cit., págs. 584 a 587.

<sup>599</sup> *Legge 28 dicembre 2005, n. 262. Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari.*

<sup>600</sup> *Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 39. Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE.*

<sup>601</sup> *Legge 6 novembre 2012, n. 190. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.*

síndicos y los liquidadores que, como consecuencia del otorgamiento o promesa de una utilidad, realicen u omitan realizar actos en violación de las obligaciones inherentes a su cargo, causando perjuicio a la sociedad, serán castigado con prisión de hasta tres años.

La misma pena se aplica al que da o promete la utilidad.

La pena se duplicará si se trata de una sociedad con títulos cotizados en mercados regulados italianos o de otros estados de la Unión Europea o difundidos entre el público de una manera relevante en el sentido del artículo 116 del Texto Único del Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58.

Se procederá por querrela de la persona ofendida».

## **2.1. Sujetos del delito**

De acuerdo con esta redacción del delito, el sujeto activo de la corrupción privada activa podía ser cualquier persona. Pero, en su vertiente pasiva, sólo podía cometerse por personas incluidas en determinadas categorías: administradores, directores generales, directivos apoderados para la redacción de documentos sociales contables, síndicos y liquidadores. En este ámbito, fue objeto de crítica doctrinal que quedaran excluidos el simple empleado y el propio titular de la empresa<sup>602</sup>. A nuestro juicio, en la delimitación de los sujetos activos así efectuada tenía un peso decisivo la visión patrimonialista del delito: sólo podrían cometer el delito las personas que, dada su posición en la sociedad o las funciones que desarrollan respecto de ella, tenían posibilidad de perjudicarla.

Además, al caracterizar así al sujeto activo, tampoco podía cometer el delito quien desempeñara funciones directivas o laborales de cualquier tipo, pero que no se correspondiera con alguna de las categorías concretas recogidas en el tipo<sup>603</sup>; ni quien careciendo de poder de representación o dirección, sin embargo, ejerciera una función importante dentro de la gestión de la empresa y pudiera ser beneficiario de un enriquecimiento en perjuicio de los intereses societarios<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 69.

<sup>603</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 68.

<sup>604</sup> FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito...», ob. cit., pág. 592.

## **2.2. Conducta típica**

### **2.2.1. En general**

La conducta típica consistía en realizar u omitir realizar actos con violación de las obligaciones inherentes al cargo, como consecuencia del otorgamiento o de promesa de una utilidad, causando perjuicio a la sociedad. Es decir, del otorgamiento de un beneficio o de su mera promesa debía derivarse la realización u omisión del acto que, a su vez, provoca dos resultados<sup>605</sup>: el incumplimiento de obligaciones del cargo y el daño a la sociedad.

Respecto al otorgamiento o promesa de un beneficio, bastaba con la mera promesa de que se otorgara. En todo caso, la doctrina consideró que el tipo penal castigaba exclusivamente la «corrupción antecedente», es decir, que el otorgamiento o promesa debía ser anterior al acto realizado u omitido<sup>606</sup>; quedando impune el supuesto en que el otorgamiento o la promesa fueran posteriores al cumplimiento del acto o su omisión.

### **2.2.2. Beneficio o utilidad**

Sobre la naturaleza del beneficio o utilidad, se discutía si debía entenderse como cualquier favor económicamente relevante<sup>607</sup>; o bien en un sentido más amplio, como cualquier beneficio que pudiera ser interpretado como contraprestación por el acto realizado u omitido. Incluyendo en este segundo caso, todo aquello que representara una ventaja para la persona, sea de naturaleza patrimonial o no. Es decir, la entrega de dinero o cualquier otra utilidad económica -la cesión de un bien o la prestación de un servicio, la condonación de una deuda, el establecimiento de un precio antieconómico o el aplazamiento de un pago- pero también la adquisición de una posición de prestigio u honorífica o los favores de cualquier naturaleza (incluidos los de tipo sexual). La doctrina mayoritaria se inclinaba por la segunda solución, dado que el tipo penal no hacía referencia alguna al dinero y usaba un término tan amplio como *utilità*<sup>608</sup>.

### **2.2.3. Vulneración de obligaciones**

---

<sup>605</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 67.

<sup>606</sup> Cfr. FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito...», ob. cit., págs. 597 y 598.

<sup>607</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 67.

<sup>608</sup> FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito...», ob. cit., pág. 600.

El sujeto que recibía la utilidad debía actuar violando las obligaciones de su cargo. Sobre este particular, la doctrina establecía dos orientaciones: se trataría de las obligaciones establecidas en preceptos civiles que regulan los deberes específicos del sujeto cualificado; y otra, más amplia, que consideraba como tal todas las obligaciones que regulan el ejercicio de la función que el sujeto desempeña<sup>609</sup>.

#### 2.2.4. Daño a la sociedad

Por otra parte, se debía causar un daño a la sociedad. El hecho de que el tipo penal utilizara el término *nocumento* y no el de *danno* o *danno patrimoniale*, como sí hace en otros delitos contra el patrimonio de la sociedad, dio lugar a un debate doctrinal sobre la naturaleza del daño que debía sufrir la sociedad.

La doctrina dominante consideraba que debía entenderse como perjuicio exclusivamente patrimonial<sup>610</sup>, caracterizando al delito como conducta que se dirigía exclusivamente a la protección del interés patrimonial de la sociedad<sup>611</sup>. Si bien se entendía que bastaba con que fuera económicamente evaluable de algún modo.

Un sector minoritario discrepaba y consideraba que el concepto debía entenderse en sentido amplio, para abarcar otros posibles perjuicios; como el daño para la imagen de la sociedad o para la credibilidad de sus órganos<sup>612</sup>.

La exigencia de la causación de un daño a la sociedad suponía que estábamos ante un delito de resultado, que se consumaba cuando el daño se producía de forma efectiva<sup>613</sup>.

Por otra parte, la persecución del delito exigía la previa presentación de querrela por parte de la persona ofendida. El artículo 2635 no decía quién era el

---

<sup>609</sup> ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto...*, ob. cit., pág. 308.

<sup>610</sup> FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito...», ob. cit., págs. 605 y 606.

<sup>611</sup> ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto...*, ob. cit., pág. 304. También FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 67. Argumento que sirve a este autor para criticar que no se hubieran tomado en consideración otras exigencias, como la protección de terceros o de la competencia, que las iniciativas supranacionales y otros ordenamientos sitúan en primer plano.

<sup>612</sup> ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto...*, ob. cit., pág. 310. Quien considera que si el legislador ha utilizado tal término *-nocumento-* y no el de *danno patrimoniale*, que sí ha utilizado en otros preceptos de la reforma de 2002, se debe a que ha contrapuesto uno frente a otro, por lo que aquél debe entenderse en un sentido más amplio que éste.

<sup>613</sup> FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito...», ob. cit., pág. 607; ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto...*, ob. cit., pág. 307.

ofendido, pero era lógico pensar que se trataba de la sociedad que padece el perjuicio<sup>614</sup>.

Estas dos notas: no era un delito de peligro, sino de resultado, y el establecimiento de la indicada condición de procedibilidad a instancia de la sociedad perjudicada, eran objeto de crítica, ya que convertían a este delito en un adelantamiento de la barrera de protección respecto del delito de administración desleal, como si se tratara de la tipificación de una administración desleal no consumada. En el bien entendido de que partiéramos de la configuración de la administración desleal recogida en el artículo 2634 del *Codice Civile*, que sólo opera si existe disposición de bienes sociales. De tal modo que el delito de corrupción privada operaría cuando hay incumplimiento de obligaciones, sin acto de disposición de bienes<sup>615</sup>.

En relación con este sistema de incriminación, basado en el modelo patrimonialista, se duda de su adecuación a lo estipulado en la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003 y además convierte a esta figura en «papel mojado», ante la dificultad de deslindarla del correspondiente delito de administración desleal<sup>616</sup>.

### 2.3. Valoración por el GRECO

La regulación contenida en el artículo 2635, tal y como se ha descrito, fue objeto de críticas severas por parte del Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 54ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 20 a 23 de marzo de 2012)<sup>617</sup>. El citado informe precisó que existían serias dudas de que esta disposición, interpretada en el Derecho italiano como una forma de administración desleal, cumpliera con las normas del Convenio<sup>618</sup>. Concretamente, por las razones siguientes:

---

<sup>614</sup> FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 67.

<sup>615</sup> Con más detalle sobre esta crítica, FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 68, nota nº 39; y ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto...*, ob. cit., pág. 295.

<sup>616</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *La Ley Penal*, nº 87, noviembre 2011; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., págs. 2 y 3.

<sup>617</sup> Disponible, en francés, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3\(2011\)7\\_Italy\\_One\\_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3(2011)7_Italy_One_FR.pdf); consulta agosto de 2013.

<sup>618</sup> Sobre esta circunstancia, véase MONTANARI, M., «La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea, del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 de julio de 2012 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1341134726Montanari-DPC.pdf>; consulta agosto de 2013), esp. págs. 18 a 22.

«110. De acuerdo con el Equipo de Evaluación del *GRECO*, el artículo 2635 del Código Civil presenta varias deficiencias en relación con los requisitos del Convenio. En primer lugar, en lo que respecta a la gama de posibles autores de este delito, el artículo considera sólo a los administradores, los directores generales, los directivos apoderados para la redacción de documentos sociales contables, los síndicos y los liquidadores. Sin embargo, el Convenio tiene por objeto actos de corrupción en el sector privado cometidos por toda persona que asume la dirección o trabajo, en cualquier calidad o en nombre de una entidad del sector privado, como se indica en el Informe Explicativo (párrafo 54). Los artículos 7 y 9 del Convenio engloban igualmente otros supuestos, como socios, abogados, clientes y otras personas con quien no existe contrato de trabajo. En segundo lugar, con respecto a los beneficiarios de los sobornos, el artículo 2635 del Código Civil no se pronuncia sobre los terceros. En tercer lugar, sobre la cuestión de los actos concretos de corrupción, el hecho de ofrecer un soborno o el hecho de solicitarlo no se recogen expresamente. En cuarto lugar, la comisión de la infracción indirecta, por ejemplo a través de un intermediario, no se menciona expresamente. En quinto lugar, según la legislación italiana, la persona jurídica debe haber sufrido daño, mientras que el Convenio no impone esta condición. Por último, el delito no puede ser castigado de oficio, sin que la víctima presente denuncia. En vista de lo anterior, el Equipo de Evaluación del *GRECO* recomienda incriminar la corrupción en el sector privado de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la corrupción (ETS 173)».

En vista de lo expuesto anteriormente, el *GRECO* recomendó a Italia criminalizar la corrupción en el sector privado, de conformidad con los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción.

## **2. REGULACIÓN ACTUAL**

### **1. Necesidad de la reforma**

La *Legge 6 novembre 2012, n. 190* ha modificado el precepto, tanto en su rúbrica como en su contenido. Se trata de la *Legge 6 novembre 2012, n. 190. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, que entró en vigor el 28 de noviembre de 2012.

Esta norma lleva a cabo una reforma amplia del ordenamiento italiano, basada en las conclusiones de la *Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, instituida el 23 de diciembre de 2011 por el ministro de la Administración Pública, Patroni Griffi. En la práctica se conoce a esta ley como la «ley Monti-Severino», al ser impulsada por el Gobierno en el que Mario Monti era el primer ministro y Paola Severino era ministra de Justicia. En la redacción de esta ley influyeron algunas de las cifras y estadísticas que se manejan sobre la corrupción en Italia: según la Comisión Europea, en Italia se llevaría a cabo hasta el 50% del volumen de negocios de corrupción en Europa; en 2012, la extensión de la corrupción se estimó, por el Tribunal de Cuentas, en 60.000 millones de euros; en el mismo año, el Fiscal General del Tribunal de Cuentas afirmó que la corrupción en Italia produjo un aumento directo e inmediato del 40% en el coste de las obras públicas<sup>619</sup>.

La redacción actual del artículo 2635 es la siguiente<sup>620</sup>:

---

<sup>619</sup> Con más detalle, véase DOLCINI, E., «La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici», *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 de septiembre de 2013 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/13789157381.pdf>; consulta septiembre de 2013), pág. 4. Sobre el contenido de esta ley y las modificaciones que introduce en el ordenamiento italiano, véase CINGARI, F., «La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2012 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/foto/35692012\\_1\\_DPC\\_TRIMESTRALE.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/foto/35692012_1_DPC_TRIMESTRALE.pdf); consulta agosto de 2013), págs. 79 a 98. También VALENTINI, V., «Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 de febrero de 2013 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1360250036VALENTINI2013\\_02.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1360250036VALENTINI2013_02.pdf); consulta agosto de 2013); GAROFOLI, R., «Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie», *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 febrero 2013 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1361281727GAROFOLI2013b.pdf>; consulta agosto de 2013); BEVILACQUA, B., «Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)», *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 de mayo de 2013 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1369402874BEVILACQUA2013a.pdf>; consulta agosto de 2013); BALBI, G., «Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2012 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/foto/34123-4.2012.pdf>; consulta agosto de 2013), págs. 5 a 12.

<sup>620</sup> Literalmente dice:

«Corruzione tra privati.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il

«Salvo que el hecho constituya un delito más grave, los administradores, los directores generales, los directivos apoderados para la redacción de documentos sociales contables, los síndicos y los liquidadores que, como consecuencia del otorgamiento o de promesa de dinero u otra utilidad, para sí o para otro, realicen u omitan realizar actos en violación de las obligaciones inherentes a su cargo o de las obligaciones de fidelidad, causando perjuicio a la sociedad, serán castigados con prisión de uno a tres años.

Se aplica la pena de prisión de hasta un año y seis meses si el hecho es cometido por cualquier persona que esté sujeta a la dirección o supervisión de cualquiera de las personas especificadas en el párrafo primero.

Quien da o promete dinero u otra utilidad a las personas especificadas en los párrafos primero y segundo, será castigado con las penas allí previstas.

Las penas establecidas en los apartados anteriores se duplicarán si se trata de una sociedad con títulos cotizados en mercados regulados italianos o de otros estados de la Unión Europea o difundidos entre el público de una manera relevante, en el sentido del artículo 116 del Texto Único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, contemplado en el Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58, y modificaciones sucesivas.

Se procederá por querrela de la persona ofendida, a menos que del hecho derive una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios».

## **2. Contenido de la reforma**

Lo dicho en relación con la redacción anterior es aplicable a la nueva redacción del precepto. En realidad, la reforma no modifica sustancialmente la

---

pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».



normativa existente, ya que mantiene sus líneas generales<sup>621</sup>; especialmente sigue exigiendo la efectiva realización del acto u omisión contraria a los deberes y la causación de una lesión a la sociedad. Esto es, mantiene el delito como una forma de infidelidad «orientada en clave de protección del patrimonio social»<sup>622</sup>; como una forma mixta de corrupción y administración desleal, en la que pesa notablemente la particular concepción que existe en derecho italiano sobre la administración desleal<sup>623</sup>.

La reforma introduce algunas precisiones, como la modificación de la rúbrica del precepto<sup>624</sup>, la referencia expresa al dinero como elemento del soborno, la posibilidad de que el mismo beneficie a un tercero o la consideración de que también se cometa el hecho si se quebranta el deber de fidelidad<sup>625</sup>.

Por otra parte, la regulación actual permite incluir en el elenco de sujetos activos del delito de corrupción pasiva a los empleados de la sociedad. La reforma introduce un párrafo segundo para crear un tipo atenuado, aplicable a las personas que estén sujetas a la dirección o supervisión de cualquiera de las personas especificadas en el párrafo primero. Para lo cual contempla la pena de prisión de hasta un año y seis meses<sup>626</sup>. Precisamente, la limitación del sujeto activo a personas del ámbito interno de la sociedad que, además, ostentaran determinada posición en ella, resultaba inadecuada a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por Italia en materia de lucha contra la corrupción<sup>627</sup>.

---

<sup>621</sup> Esta circunstancia ya fue objeto de crítica cuando la reforma estaba en trámite; véase DOLCINI, E. y VIGANÒ, F., «Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2012, págs. 232 a 246, esp. págs. 245 y 246.

<sup>622</sup> MUSCO, E., *I nuovi reati societari*, 3ª edición, Giuffrè, Milano, 2007, pág. 238.

<sup>623</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 155, nota 434.

<sup>624</sup> Modificación que no se acompaña, en realidad, de una reforma sustancial del contenido del mismo, ANDREAZZA, G. y PISTORELLI, L., «Una prima lettura della L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 de noviembre de 2012 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353432590RelIII1112.pdf>; consulta agosto de 2013), págs. 16 y 19. Incluso algunos autores hablan de que la reforma es un «maquillaje» del art. 2635; DOLCINI, E., «La legge 190/2012...», ob. cit., pág. 18.

<sup>625</sup> Expresión que es previsible que plantee problemas en la aplicación del delito, por su indeterminación; ANDREAZZA, G. y PISTORELLI, L., «Una prima lettura...», ob. cit., pág. 17.

<sup>626</sup> Pena calificada de «irrisoria»; DOLCINI, E., «La legge 190/2012...», ob. cit., pág. 19.

<sup>627</sup> BURATTI, B. M. y PALAMARA, L., «La responsabilità penale del pubblico dipendente», en TENORE V., BURATTI, B. M. y PALAMARA, L., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente. Responsabilità civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare, dirigenziale*, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milan, 2013, págs. 89 y ss., esp. pág. 120.

Sin embargo, la regulación actual sigue planteando lagunas en la punición de determinados hechos, dado que no recoge la posibilidad de que el hecho se cometa a través de un intermediario.

En cuanto a la necesidad de querrela de la persona ofendida, inicialmente el proyecto de reforma preveía la persecución de oficio, pero el texto final no mantuvo este criterio<sup>628</sup>. El hecho de seguir limitando la persecución del delito, al exigir la previa querrela de la persona ofendida (salvo que del hecho derive una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios<sup>629</sup>) es objeto de crítica doctrinal, por entender que se siguen protegiendo de manera exacerbada los intereses patrimoniales de la entidad de la que el sujeto depende<sup>630</sup> y no hace lo propio con la libre competencia<sup>631</sup>. En este sentido, debe tenerse presente que la circunstancia de no exigir la querrela cuando del hecho derive una distorsión de la competencia, no elimina la necesidad de que siga existiendo, como elemento del tipo, el daño para la sociedad.

### 3. Valoración del GRECO

El Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 64ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 16 a 20 de junio de 2014)<sup>632</sup> ha sido, nuevamente, crítico con la regulación italiana<sup>633</sup>. En este sentido indica:

«23. GRECO toma nota de la información proporcionada. Aunque las disposiciones que constituyen el soborno en el sector privado han sido objeto de algunas modificaciones; por ejemplo, se ha ampliado la gama de autores que pueden cometer un delito, tanto en

---

<sup>628</sup> Sobre esta cuestión, véase CIARNIELLO, L., «I delitti di concussione e corruzione», en MACRILLÒ, A. (Coordinador), *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione. Alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, Cedam, Milán, 2013, págs. 7 a 133, esp. pág. 114.

<sup>629</sup> Circunstancia que se considera de aplicación marginal y problemática, DOLCINI, E., «La legge 190/2012...», ob. cit., pág. 19.

<sup>630</sup> BURATTI, B. M. y PALAMARA L., «La responsabilità penale...», ob. cit., págs. 121 y 122; ANDREAZZA, G. y PISTORELLI, L., «Una prima lettura... », ob. cit., pág. 20.

<sup>631</sup> PALAZZO, F., «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2012, págs. 227 a 231, esp. pág. 229; DOLCINI, E., «La legge 190/2012...», ob. cit., pág. 19.

<sup>632</sup> Disponible, en inglés, en [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3\(2014\)9\\_Italy\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3(2014)9_Italy_EN.pdf); consulta mayo de 2015.

<sup>633</sup> Sobre el informe, véase MONTANARI, M., «Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali. Le valutazioni in materia nei rapporti del GRECO e del WGB», *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 de octubre de 2014 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/1-/1-/3337-dove\\_eravamo\\_rimasti\\_la\\_riforma\\_dei\\_delitti\\_di\\_corruzione\\_al\\_vaglio\\_delle\\_organizzazioni\\_internazionali/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/1-/1-/3337-dove_eravamo_rimasti_la_riforma_dei_delitti_di_corruzione_al_vaglio_delle_organizzazioni_internazionali/); consulta mayo de 2015), págs. 3 y 4.

lo que respecta a la parte activa y pasiva, y las sanciones se han fortalecido en relación con algunos tipos de autores, los elementos de este delito del Código Civil siguen lejos de estar en consonancia con los requisitos de los artículos 7 y 8 del Convenio Penal. Por ejemplo, la «oferta» y «petición» de un soborno no están incluidos explícitamente (y criminalizar una oferta como una tentativa de soborno no es suficiente a este respecto); y no hay ninguna referencia a la comisión indirecta de la infracción, sin embargo, parece que se aplicarían las normas generales relativas a la participación. GRECO observa que el que tenga que concurrir un daño para la persona jurídica, que según las autoridades [italianas] implicaría que el acto u omisión viole deberes de un oficio o de fidelidad, no está en consonancia con el Convenio. Por otra parte, este delito no puede ser perseguido de oficio en todas las situaciones, o bien es necesario que exista una denuncia de la víctima o, cuando no existe tal denuncia, el delito debe dar lugar a una distorsión de la competencia. De ello se desprende que se requieren nuevas medidas por las autoridades italianas para cumplir plenamente con el artículo 7 y 8 del Convenio. Por último, el GRECO tiene dudas sobre la conveniencia de mantener un delito en el Código Civil; y se considera destacable que no se ha producido nunca una condena por este delito».

## VI. REINO UNIDO

### 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En el Reino Unido, la corrupción privada se regulaba mediante *common law* y las normas siguientes: *Public Bodies Corrupt Practices Act 1889*, *Prevention of Corruption Act 1906* y *Prevention of Corruption Act 1916* (conocidas como *Prevention of Corruption Acts 1889 to 1916*)<sup>634</sup>. La doctrina estimaba que esta regulación era ineficaz e insuficiente, especialmente a la luz de los convenios internacionales<sup>635</sup>, y no distinguía adecuadamente entre el soborno en el ámbito público y privado.

---

<sup>634</sup> Sobre las mismas y su aplicación, véase NICHOLLS, M., DANIEL, T., BACARESE, A. y HATCHARD, J., *Corruption and Misuse of Public Office*, 2ª edición, Oxford University Press, 2011, págs. 19 a 52; ORMEROD, D. C., *Blackstone's Criminal Practice*, 22ª edición, 2012, Oxford University Press, págs. 864 a 872; RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing», *Missouri Law Review*, vol. 76, nº 2, primavera 2011, págs. 415 a 453, esp. págs. 434 a 436.

<sup>635</sup> Especialmente, el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997; lo que dio lugar a un informe de esta organización muy crítico con el Reino Unido: *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials*

En el ámbito de una posible modificación de la regulación del soborno, tuvo gran peso el escándalo de la compañía británica *BAE Systems PLC*, uno de los mayores contratistas de defensa del mundo, que, en 2004, fue denunciada por contar con un fondo para llevar a cabo sobornos, de más de 120.000.000 dólares. Ante tal denuncia, se inició una investigación de las autoridades británicas, que supuso una acusación por un posible soborno a la realeza y funcionarios de Arabia Saudí, para asegurar contratos de venta de armas. A pesar de la gravedad de las acusaciones, las autoridades cesaron su investigación en 2006, ante la presión de Arabia Saudí, que llegó a amenazar con el cese de intercambio de información de inteligencia y de las relaciones diplomáticas entre ambos países, si la investigación continuaba. Esta decisión de no continuar la investigación provocó una reacción política y mediática importante, que puso de manifiesto la inadecuación de la legislación existente y generalizó la idea de que debía ser reformada<sup>636</sup>.

En la actualidad, en el Reino Unido, rige la *Bribery Act 2010*, que reemplaza toda esta anterior normativa. Tiene su origen en el *Standards in Public Life*, que fue el primer informe elaborado por el *Committee on Standards in Public Life*<sup>637</sup>. Dicho informe recoge los principios que deben regir en la vida pública y sugirió a la *Law Commission* la utilidad de elaborar una normativa sobre el soborno. La *Law Commission* formuló propuestas para la reforma de la materia, primero en el informe *Legislating the Criminal Code: Corruption*, de 1998<sup>638</sup>; y, posteriormente, en el informe *Reforming Bribery*<sup>639</sup>, en 2008. Estos trabajos<sup>640</sup> dieron lugar a la aprobación de la *Bribery Act 2010*, que entró en

---

*in international business transactions and The 1997 Recommendation on combating bribery in international business transactions* (disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/41515077.pdf>; consulta septiembre de 2013). Con más detalle sobre esta cuestión, RYDER, N., GRIFFITHS, M. y SINGH, L., *Commercial Law. Principles and Policy*, Cambridge University Press, 2012, pág. 40.

<sup>636</sup> Con más detalle, RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation...», ob. cit., pág. 436 a 438; y TRAUTMAN, L. J. y ALTENBAUMER-PRICE, K., «Lawyers, Guns and Money: The Bribery Problem and U.K. Bribery Act», *The International Lawyer*, vol. 47, nº3, invierno, 2013, págs. 481 a 517, esp. págs. 498 a 501.

<sup>637</sup> *The Committee on Standards in Public Life* (<http://www.public-standards.gov.uk>) es un organismo público independiente que asesora al Gobierno sobre las normas éticas a seguir en todo el conjunto de la vida pública en el Reino Unido.

<sup>638</sup> Disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/legislating-the-criminal-code.htm>; consulta septiembre de 2013.

<sup>639</sup> Disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/publications/729.htm>; consulta septiembre de 2013.

<sup>640</sup> Un exposición detallada de los trabajos y de la tramitación de esta norma se puede consultar en NICHOLLS, M., DANIEL, T., BACARESE, A. y HATCHARD, J., *Corruption and Misuse...*, ob. cit., págs. 53 a 67. También ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., págs. 1181 a 1198; y RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation...», ob. cit., págs. 439 y 440.

vigor el 1 de julio de 2011, y cuyo propósito es establecer una normativa general sobre los delitos de soborno, cometidos tanto en el Reino Unido como en el extranjero y ya sean en el ámbito público o en el privado<sup>641</sup>.

Además, con el fin de que la norma se aplique extraterritorialmente, se establece la extensión de la jurisdicción para enjuiciar los hechos cometidos en el extranjero por ciudadanos del Reino Unido, personas jurídicas con sede en el Reino Unido u otras personas con «estrecha relación» con el Reino Unido (por ejemplo, con residencia habitual en el mismo).

Esta nueva regulación de la cuestión en el Reino Unido supone un cambio de perspectiva: se pasa del mosaico del *common law* a una amplia legislación sobre el tema, incluso con un carácter más agresivo que la existente en Estados Unidos<sup>642</sup>.

## 2. REGULACIÓN ACTUAL: *BRIBERY ACT 2010*

### 1. Delitos en general

La norma citada recoge tres clases de figuras (*General bribery offences*):

1) Los delitos de soborno activo y pasivo en general, tanto en el sector público como en el privado (Secciones 1 a 5).

2) El delito de soborno a funcionarios públicos extranjeros (*Bribery of foreign public officials*), en la Sección 6.

---

<sup>641</sup> Sin perjuicio de que se trate el soborno en general, del contenido de la norma cabe deducir que el foco de su atención es el soborno cometido en el seno o en nombre de las empresas; RAAD, A. y WRIGHT, L., «Global Anti-Corruption Compliance: The One-Stop Shop», en *Criminal Justice*, American Bar Association, invierno 2012, págs. 8 a 11, esp. pág. 8.

<sup>642</sup> RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation...», ob. cit., pág. 420. Una comparación entre la *Bribery Act* y la *FCPA*, puede consultarse en RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation...», ob. cit., *passim*; CANNON, M. L. y SMITH, R. C., «US Foreign Corrupt Practices Act versus the UK Bribery Act: a perspective from both sides of the Pond», *Serious Economic Crimes. A boardroom guide to prevention and compliance*, White Page Ltd y Serious Fraud Office, 2011, págs. 92 a 100; BRESLIN, B., EZICKSON, D. y KOCORAS, J., «The Bribery Act 2010: raising the bar above the US Foreign Corrupt Practices Act», *The Company Lawyer*, vol. 31, nº 11, 2010, págs. 362 a 369; CROPP, N., «The Bribery Act 2010: (4) a comparison with the Foreign Corrupt Practices Act: Nuance v Nous», *Criminal Law Review*, nº 2, 2011, págs. 122 a 141.

En castellano, sobre la *Bribery Act 2010*, véase SANTANA VEGA, D. M., «La ley antisoborno del Reino Unido (*Bribery Act, 2010*)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 111, 2013, págs. 237 a 268, *passim*.

3) Un supuesto de responsabilidad penal para las personas jurídicas que no prevengan el soborno (*Failure of commercial organisations to prevent bribery*), en la Sección 7<sup>643</sup>.

Nos interesa destacar, en este momento, las Secciones 1 a 5, que recogen una regulación general y única para los delitos de cohecho en el ámbito público y los delitos de corrupción privada. La norma es la misma para los dos ámbitos de actividad. Esta manera de afrontar la materia ha sido objeto de crítica, dado que se entiende que el castigo de tales hechos no puede asimilarse al cohecho de funcionarios públicos; teniendo en cuenta dos ideas: los funcionarios tienen deberes con la colectividad que no alcanzan a los integrantes de empresas privadas y el castigo de la corrupción privada se tiñe de matices morales<sup>644</sup>. De tal modo, que no cabría equiparar ambas formas de corrupción.

La *Bribery Act 2010* distingue dos tipos de delitos de soborno en general, incluso en un contexto puramente comercial (de privado a privado). Son los siguientes:

1) Sobornar a una persona para inducirla a o recompensarla por realizar incorrectamente una «actividad o función relevante» (corrupción activa).

2) Solicitar, aceptar o recibir un soborno como una recompensa para realizar incorrectamente una «actividad o función relevante» (corrupción pasiva).

En ambos casos utiliza la expresión «actividad o función relevante». La misma se define en la norma y en ella se incluyen tanto funciones públicas como actividades comerciales. Se trata de una actividad asociada con el sector privado o público, siempre que deba llevarse a cabo conforme a la buena fe, la imparcialidad o porque la persona que la desarrolla lo haga desde una posición basada en la confianza.

En lo que respecta a la corrupción privada, para conocer las conductas punibles hay que acudir a las Secciones 1 y 2, que están incluidas en la rúbrica *General bribery offences*.

---

<sup>643</sup> Sobre la misma se tratará en la parte de este trabajo dedicada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>644</sup> Al respecto, véase ENGLE, E., «I Get by with a Little Help...», ob. cit., pág. 1186; y GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., págs. 46 a 49 y págs. 55 a 65.

## 2. Corrupción privada activa

La Sección 1 recoge las conductas de cohecho o soborno en su vertiente activa (dar u ofrecer una ventaja para obtener o recompensar la ejecución inadecuada de una actividad o función). En concreto, dice lo siguiente<sup>645</sup>:

«1. Delitos de soborno a otra persona.

(1) Una persona ("P") es culpable de este delito si le es aplicable alguno de los siguientes supuestos:

(2) Supuesto 1, es cuando:

(a) P ofrece, promete u otorga un beneficio, económico o de otro tipo, a otra persona, y

(b) P pretende que esa ventaja,

(i) induzca a esa persona a llevar a cabo inadecuadamente una función o actividad relevante, o

(ii) recompense a esa persona por el cumplimiento inadecuado de dicha función o actividad.

(3) Supuesto 2, es cuando:

(a) P ofrece, promete u otorga un beneficio, económico o de otro tipo, a otra persona, y

(b) P sabe o cree que la aceptación de esa ventaja constituiría por sí misma el cumplimiento inadecuado de una función o actividad relevante.

---

<sup>645</sup> Literalmente indica:

«1. Offences of bribing another person.

(1) A person ("P") is guilty of an offence if either of the following cases applies.

(2) Case 1 is where-

(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and

(b) P intends the advantage-

(i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or

(ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity.

(3) Case 2 is where

(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and

(b) P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity.

(4) In case 1 it does not matter whether the person to whom the advantage is offered, promised or given is the same person as the person who is to perform, or has performed, the function or activity concerned.

(5) In cases 1 and 2 it does not matter whether the advantage is offered, promised or given by P directly or through a third party».

(4) En el supuesto 1, es irrelevante si la persona a quien se ofrece, promete u otorga la ventaja es la misma que la persona que va a llevar, o ha llevado, a cabo la función o actividad referida.

(5) En los supuestos 1 y 2, es irrelevante si la ventaja se ofrece, promete u otorga directamente por P o por medio de un tercero».

Como se observa, en esta Sección se recogen dos delitos diversos<sup>646</sup>:

1) Ofrecer, prometer u otorgar una ventaja con una finalidad: para inducir a una persona o recompensar a una persona a realizar incorrectamente una función o actividad relevante.

2) Ofrecer, prometer u otorgar una ventaja siendo consciente de que la aceptación de la misma ya es un incumplimiento de esa función o actividad.

La persona a la que se ofrece, promete u otorga la ventaja es la distinción clave entre las conductas descritas en los incisos (2) y (3) <sup>647</sup>. En el primer caso -inciso (2)-, no importa si esa persona es la misma que va a realizar o ha realizado la actividad (puede ser un tercero); mientras que en el segundo caso -inciso (3)-, la persona a la que se ofrece, promete u otorga la ventaja debe ser la misma que va a realizar o ha realizado la actividad. Ello se deduce de la dicción del inciso (4).

La consumación del delito no exige que la ventaja sea finalmente aceptada, basta con el mero ofrecimiento o promesa, ni tampoco que la función se realice incorrectamente.

### 3. Corrupción privada pasiva

Por su parte, la Sección 2 recoge las conductas de cohecho o soborno en su vertiente pasiva (solicitar o aceptar una ventaja para obtener o recompensar la ejecución inadecuada de una actividad o función). En tal sentido, señala<sup>648</sup>:

---

<sup>646</sup> FORTSON, R., «Understanding the Bribery Act 2010» (disponible en [http://www.rudifortson4law.co.uk/FlegaltextsFBribery\\_Act\\_2010\\_R.Fortson\\_QC\\_1stJuly2011\\_v2.pdf](http://www.rudifortson4law.co.uk/FlegaltextsFBribery_Act_2010_R.Fortson_QC_1stJuly2011_v2.pdf); consulta septiembre de 2013), punto 23.

<sup>647</sup> BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, nº 2, 2012, págs. 1 a 25, esp. pág. 4.

<sup>648</sup> Literalmente, indica:

«2. Offences relating to being bribed

(1) A person (“R”) is guilty of an offence if any of the following cases applies.



## «2. Delitos relativos a ser sobornado.

(1) Una persona ("R") es culpable de este delito si le es aplicable alguno de los siguientes supuestos:

(2) Supuesto 3, es cuando R solicita, consiente en recibir o acepta un beneficio, económico o de otro tipo, con la intención de que, y como consecuencia, una función o actividad relevante se debería llevar a cabo inadecuadamente (ya sea por R o por otra persona).

(3) Supuesto 4, es cuando:

(a) R solicita, consiente en recibir o acepta un beneficio, económico o de otro tipo, y

(b) esa solicitud, consentimiento o aceptación constituye, por sí misma, el cumplimiento inadecuado por parte de R de una función o actividad relevante.

(4) Supuesto 5, es cuando R solicita, consiente en recibir o acepta un beneficio, económico o de otro tipo, como recompensa por el cumplimiento inadecuado (ya sea por R u otra persona) de una función o actividad relevante.

---

(2) Case 3 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly (whether by R or another person).

(3) Case 4 is where-

(a) R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage, and

(b) the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity.

(4) Case 5 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage as a reward for the improper performance (whether by R or another person) of a relevant function or activity.

(5) Case 6 is where, in anticipation of or in consequence of R requesting, agreeing to receive or accepting a financial or other advantage, a relevant function or activity is performed improperly-

(a) by R, or

(b) by another person at R's request or with R's assent or acquiescence.

(6) In cases 3 to 6 it does not matter-

(a) whether R requests, agrees to receive or accepts (or is to request, agree to receive or accept) the advantage directly or through a third party,

(b) whether the advantage is (or is to be) for the benefit of R or another person.

(7) In cases 4 to 6 it does not matter whether R knows or believes that the performance of the function or activity is improper.

(8) In case 6, where a person other than R is performing the function or activity, it also does not matter whether that person knows or believes that the performance of the function or activity is improper».

(5) Supuesto 6, es cuando, en previsión, o como consecuencia, de la solicitud, el consentimiento en recibir o la aceptación por R de un beneficio, económico o de otro tipo, una función o actividad relevante se lleve a cabo inadecuadamente,

(a) por R, o

(b) por otra persona a petición de R o con el consentimiento o la aquiescencia de R.

(6) En los supuestos 3 a 6 es irrelevante

(a) si R solicita, consiente en recibir o acepta (o va a pedir, a consentir en recibir o a aceptar) el beneficio directamente o por medio de un tercero,

(b) si el beneficio es (o va a ser) en provecho de R o de otra persona.

(7) En los supuestos 4 a 6 es irrelevante si R sabe o cree que el cumplimiento de la función o actividad es inadecuado.

(8) En el supuesto 6, cuando una persona distinta de R esté llevando a cabo esa función o actividad, es igualmente irrelevante si esa persona sabe o cree que el cumplimiento de esa función o actividad es inadecuado».

En este caso, se recogen los delitos siguientes:

1) Solicitar<sup>649</sup>, estar de acuerdo en recibir o aceptar una ventaja con una finalidad: realizar incorrectamente una función o actividad relevante.

2) Solicitar, estar de acuerdo en recibir o aceptar una ventaja como recompensa por haber realizado una función o actividad relevante.

3) Solicitar, estar de acuerdo en recibir o aceptar una ventaja en previsión de realizar incorrectamente una función o actividad relevante. Este supuesto es algo confuso y parece referirse a supuestos en los que una función o actividad relevante se lleva a cabo incorrectamente con la esperanza (o anticipando) que una ventaja o recompensa están próximas<sup>650</sup>.

---

<sup>649</sup> La doctrina ha puesto de manifiesto lo «irónico» que es que se etiquete este delito como un delito de cohecho o soborno «pasivo», y sin embargo, la definición de los cuatro casos citados sean variedades de «solicitud» por parte del sujeto sobornado; BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., pág. 9.

<sup>650</sup> FORTSON, R., «Understanding the...», ob. cit., punto 9.

4) Solicitar, estar de acuerdo en recibir o aceptar una ventaja cuando ello ya supone un incumplimiento de esa función o actividad.

#### **4. Elementos comunes**

Son los siguientes: i) beneficio económico o de otro tipo; y ii) cumplimiento inadecuado de una función o actividad relevante.

##### **4.1. Beneficio económico o de otro tipo**

La norma no define el concepto de «beneficio financiero u otra ventaja», por lo que deberá determinarse por los tribunales en cada supuesto. Aunque es cierto que en la actividad comercial se realizan determinados gastos o prestaciones que pueden considerarse justificados, por lo que, pese a que se realicen, no deben incluirse en los delitos reseñados.

En este punto, *The Bribery Act 2010 Guidance*<sup>651</sup> indica que lo relevante será que el gasto se entienda de tal entidad o naturaleza que se considere que pretende inducir a una violación de la expectativa de que la persona actuará de buena fe, con imparcialidad o de acuerdo con un puesto de confianza. Un *standard* de evaluación de tal entidad o naturaleza es el recogido en la Sección 5 de la norma: el juicio que realizaría una persona razonable, de acuerdo con los usos que imperan en el Reino Unido; pero para el caso de que la legislación británica no se aplique al desempeño de la función o actividad (por ejemplo, tiene lugar en un país fuera de la jurisdicción del Reino Unido), entonces habrán de tenerse en cuenta las costumbres o práctica del lugar, la legislación del mismo y las decisiones judiciales.

El criterio de ponderación, consistente en el juicio que realizaría una persona razonable, de acuerdo con los usos que imperan en el Reino Unido, no está exento de críticas. La propia *The Bribery Act 2010 Guidance* pretende

---

<sup>651</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)* es una guía de explicación de la aplicación de la norma publicada por el Ministerio de Justicia, en marzo de 2011 (disponible en <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>; consulta septiembre de 2013). Su elaboración y publicación se dispone en la Sección 9 de la norma y se debe, fundamentalmente, a la introducción de un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con los delitos de soborno. Sobre esta cuestión se tratará en la parte de este trabajo dedicada a la responsabilidad indicada.

ejemplificar con un supuesto concreto a qué se está refiriendo la norma con tal idea. Así, indica<sup>652</sup>:

«Así, por ejemplo, una invitación a clientes extranjeros para asistir a un partido de rugby del Torneo de las Seis Naciones, en Twickenham, como parte de un ejercicio de relaciones públicas para consolidar las buenas relaciones comerciales o mejorar el conocimiento del ámbito de la organización, es muy poco probable que pueda ser considerada un delito de la Sección 1 de la *Bribery Act 2010*, ya que es poco probable que evidencie una intención de inducir a la mala ejecución de una función relevante».

Este es un criterio criticado por su indefinición. Por ejemplo<sup>653</sup>, una empresa opta a un contrato para construir una planta de energía en un país extranjero e invita a un funcionario a un viaje al Reino Unido, para mostrarle obras anteriores realizadas por la empresa; de manera que sus vuelos y el hotel son pagados por la empresa: si el vuelo lo es en clase económica, es un hotel modesto y se reembolsan los gastos básicos, la percepción de esa «persona razonable» será distinta que si se trata de un vuelo en primera clase, el hotel es de cinco estrellas y se reembolsan gastos de manera generosa. Sin embargo, la empresa no actúa en este segundo supuesto con intención de sobornar, sino en correspondencia con el nivel del funcionario en su país, lo que puede suponer que aquello que para esa «persona razonable» es un lujo, en realidad sea una necesidad razonable derivada de las circunstancias concurrentes.

Además, *The Bribery Act 2010 Guidance*, se refiere a los gastos de hospitalidad o promoción. Concretamente indica<sup>654</sup>:

«La hospitalidad *bona fide* y los gastos de promoción de negocios, o de otro tipo, que buscan mejorar la imagen de una organización comercial, una mejor presentación de los productos y servicios o establecer relaciones cordiales, es reconocida como una parte importante y consolidada de hacer negocios y no es intención de

---

<sup>652</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 20.

<sup>653</sup> BRESLIN, B., EZICKSON, D. y KOCORAS, J., «The Bribery Act 2010...», ob. cit., págs. 364 y 365.

<sup>654</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., puntos 26 y 27. Aunque estos puntos se incluyen en el comentario de los delitos de soborno a funcionarios extranjeros (recogidos en la Sección 6), sus consideraciones nos parecen plenamente aplicables a la corrupción privada. Con más detalle, véase CANNON, M. L. y SMITH, R. C., «US Foreign Corrupt Practices...», ob. cit., pág. 95; BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., págs. 15 y 16; FISHBEIN, S., UROFSKY, P. y KELLY, R., «The UK Bribery Act 2010», *The Review of Securities & Commodities Regulation*, vol. 44, nº 14, 17 de Agosto de 2011, págs. 171 a 179, esp. pág. 175.

la Ley penalizar esas conductas. El Gobierno no dicta la ley para prohibir la hospitalidad razonable y proporcionada y los gastos promocionales o similares u otros destinados para estos fines (...)»<sup>655</sup>.

#### **4.2. Cumplimiento inadecuado de una función o actividad relevante**

El beneficio debe estar conectado con el «cumplimiento inadecuado» de una «función o actividad relevante». Estos elementos sí se definen en la norma.

##### **4.2.1. Función o actividad relevante**

*Bribery Act 2010* entiende como «función o actividad relevante» las funciones o actividades descritas en la Sección 3, que indica<sup>656</sup>:

«3. Función o actividad a la que se refiere el soborno.

(1) A los efectos de esta Ley, una función o actividad es una función o actividad relevante cuando:

- (a) se comprende en la subsección (2), y
- (b) cumple una o más de las condiciones de la A a la C.

---

<sup>655</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 26.

<sup>656</sup> Literalmente:

«3. Function or activity to which bribe relates.

(1) For the purposes of this Act a function or activity is a relevant function or activity if—

- (a) it falls within subsection (2), and
- (b) meets one or more of conditions A to C.

(2) The following functions and activities fall within this subsection—

- (a) any function of a public nature,
- (b) any activity connected with a business,
- (c) any activity performed in the course of a person's employment,
- (d) any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporate).

(3) Condition A is that a person performing the function or activity is expected to perform it in good faith.

(4) Condition B is that a person performing the function or activity is expected to perform it impartially.

(5) Condition C is that a person performing the function or activity is in a position of trust by virtue of performing it.

(6) A function or activity is a relevant function or activity even if it—

- (a) has no connection with the United Kingdom, and
- (b) is performed in a country or territory outside the United Kingdom.

(7) In this section “business” includes trade or profession».

(2) Las siguientes funciones y actividades se comprenden en esta subsección-

- (a) cualquier función de carácter público,
- (b) cualquier actividad relacionada con el negocio,
- (c) cualquier actividad llevada a cabo en el desarrollo del empleo de una persona,
- (d) cualquier actividad llevada a cabo por o en nombre de un grupo de personas (ya sea persona jurídica o no).

(3) Condición A es que una persona al llevar a cabo la función o actividad se espera que la lleve a cabo de buena fe.

(4) Condición B es que una persona al llevar a cabo la función o actividad se espera que la lleve a cabo imparcialmente.

(5) Condición C es que una persona al llevar a cabo la función o actividad se encuentra en una posición de confianza por el hecho de llevarla a cabo.

(6) Una función o actividad es una función o actividad relevante aún si-

- (a) no tiene ninguna relación con el Reino Unido, y
- (b) se lleva a cabo en un país o territorio fuera del Reino Unido.

(7) En esta sección "negocio" incluye comercio u oficio».

Existen dos elementos a destacar en la definición de esta materia<sup>657</sup>:

1) Debe tratarse de las funciones y actividades recogidas en la Sección, que son tanto de carácter público como comercial.

2) Debe tratarse de actividades respecto de las que existe una expectativa de desarrollo conforme a las reglas de la buena fe, con imparcialidad o a consecuencia de la confianza que se ha puesto en la persona que la desempeña<sup>658</sup>.

---

<sup>657</sup> FORTSON, R., «Understanding the...», ob. cit., punto 45.

<sup>658</sup> FORTSON, R., «Understanding the...», ob. cit., punto 56, pone los ejemplos siguientes: una persona razonable en el Reino Unido espera que un juez sea imparcial, que un empleado de banca ocupa una posición de confianza y que un agente de policía actúa de buena fe.

#### 4.2.2. Cumplimiento inadecuado

Respecto al «cumplimiento inadecuado», la materia se regula en la Sección 4. La misma señala<sup>659</sup>:

«4. Cumplimiento inadecuado a que se refiere el soborno.

(1) A los efectos de esta Ley, una función o actividad relevante:

(a) se lleva a cabo inadecuadamente si se lleva a cabo en incumplimiento de una expectativa relevante, y

(b) se considera como llevada a cabo inadecuadamente si hay un fallo al llevar a cabo la función o actividad y ese fallo por sí mismo supone el incumplimiento de una expectativa relevante.

(2) En la subsección (1), «expectativa relevante»:

(a) en relación con una función o actividad que cumple la condición A o B, significa la expectativa mencionada en la condición referida, y

(b) en relación con una función o actividad que cumple la condición C, significa cualquier expectativa en cuanto a la manera en que, o las razones por las cuales, se llevará a cabo la función o actividad que parte de la posición de confianza mencionada en esa condición.

(3) Cualquier cosa que una persona hace (u omite hacer) partiendo de o en conexión con el anterior cumplimiento por esa persona de una función o actividad relevante, se considera, a los

---

<sup>659</sup> «4. Improper performance to which bribe relates.

(1) For the purposes of this Act a relevant function or activity-

(a) is performed improperly if it is performed in breach of a relevant expectation, and

(b) is to be treated as being performed improperly if there is a failure to perform the function or activity and that failure is itself a breach of a relevant expectation.

(2) In subsection (1) “relevant expectation”-

(a) in relation to a function or activity which meets condition A or B, means the expectation mentioned in the condition concerned, and

(b) in relation to a function or activity which meets condition C, means any expectation as to the manner in which, or the reasons for which, the function or activity will be performed that arises from the position of trust mentioned in that condition.

(3) Anything that a person does (or omits to do) arising from or in connection with that person’s past performance of a relevant function or activity is to be treated for the purposes of this Act as being done (or omitted) by that person in the performance of that function or activity».

efectos de esta Ley, como si fuera hecha (u omitida) por esa persona en el cumplimiento de esa función o actividad».

En este punto, es relevante destacar que puede tenerse en cuenta la función o actividad que ha desarrollado la persona en el pasado<sup>660</sup>.

### **4.3 Penalidad**

La pena prevista para estos delitos puede ser multa o prisión de hasta 10 años (Sección 15).

---

<sup>660</sup> FORTSON, R., «Understanding the...», ob. cit., punto 64, pone el ejemplo siguiente: una persona (R) se ha retirado recientemente de una posición influyente en la Administración y es abordado por otra persona (P), que está buscando un lucrativo contrato público. Si P paga a R una gran suma de dinero para proporcionar información confidencial sobre los procesos de licitación, se aplicarían los delitos de soborno.





## CAPÍTULO QUINTO. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

### I. INTRODUCCIÓN

En EE. UU., tradicionalmente se ha distinguido entre el soborno a un empleado público y la corrupción en el ámbito privado. Históricamente<sup>661</sup>, las únicas personas que podían ser sobornadas eran los funcionarios públicos (especialmente se regulaba en el ámbito de los jueces), pero con el tiempo el espectro de personas consideradas como susceptibles de soborno fue creciendo, bien mediante la ampliación del concepto de funcionario público o bien mediante la criminalización del llamado «soborno comercial» (*commercial bribery*). El mismo se entiende como el pago u ofrecimiento de un beneficio, para inducir al receptor a proporcionar una ventaja comercial desleal a quien realiza el pago u ofrecimiento.

El primer hecho (soborno a empleados públicos) siempre ha conllevado responsabilidad penal a nivel federal. Como resumen, podemos indicar que el soborno en el ámbito público se contempla en normas federales como las siguientes<sup>662</sup>:

- 1) 18 USC § 201 - *Bribery of public officials and witnesses*.
- 2) 18 USC § 666 - *Theft or bribery concerning programs receiving Federal funds*.
- 3) *The Hobbs Act* - 18 U.S.C. § 1951.

---

<sup>661</sup> Sobre la evolución del concepto de soborno en EE. UU., véase GREEN, S. P., «What's Wrong With Bribery», en DUFF, R. A. y GREEN, S. P. (Editores), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press Inc., New York, 2005, págs. 143 a 167, esp. págs. 144 y 145; y GREEN, S. P., *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford University Press Inc., New York, 2006, págs. 195 y 196.

<sup>662</sup> Sobre esta regulación del soborno de empleados públicos, véase GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., págs. 40 a 43; GREEN, S. P., «What's Wrong...», ob. cit., *passim*; y GREEN, S. P., *Lying, Cheating, and...*, ob. cit., págs. 195 y 196. También, Mc INERNEY, T. F., «The regulation...», ob. cit., *passim*. Con más detalle, sobre la cuestión: PODGOR, E. S. e ISRAEL, J. H., *White Collar Crime in a Nutshell*, 4ª edición, Thomson Reuters, 2009, págs. 109 a 130; BRICKEY, K. F., *Corporate criminal liability. A treatise on the criminal liability of corporations, their officers and agents*, vol. 2, 2ª edición, Clark Boardman Callaghan, 1991-1993, págs. 249 a 328 (con adiciones en *2012-2013 Cumulative Supplement*, vol. 2, noviembre 2012, Thomson Reuters, 2012, págs. 380 a 465); y BRICKEY, K. F., *Corporate and white collar crime. Cases and materials*, 5ª edición, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2011, págs. 339 a 392.

Además, en el caso de soborno a funcionarios públicos en el extranjero rige la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, que no se aplica en los casos de sobornos a empleados de empresas privadas en el extranjero<sup>663</sup>.

Junto con estas normas (las de ámbito federal y la *FCPA*), en EE. UU. se produce paulatinamente un mayor número de procesos entre empresas, en las que se interponen demandas por daños civiles como resultado de sobornos internacionales en relación con funcionario extranjeros; es decir, una empresa demanda a otra ante los tribunales estadounidenses porque, en una licitación en el extranjero, la demandada ha utilizado sobornos y con ello ha causado un perjuicio a la demandante. Los tribunales estadounidenses han reconocido la legitimación para plantear este tipo de reclamaciones, que se consideran un complemento útil respecto a los procesos penales para disuadir las prácticas corruptas<sup>664</sup>.

Sin embargo, mientras el soborno en el ámbito público se recoge expresamente en diversas normas federales, no existe una norma federal de carácter general que haga lo propio con el soborno comercial<sup>665</sup>.

La ausencia de una norma federal ya se puso de manifiesto por la *Federal Trade Commission* en su informe anual correspondiente a 1918, en el que se refirió al soborno comercial como un método de competir ampliamente difundido, al que calificó de «injusto e insidioso», o como «una práctica de los competidores sin escrúpulos»<sup>666</sup>. Precisamente los esfuerzos de la *FTC*, poniendo de manifiesto el daño social que causa el soborno comercial, hicieron que el Gobierno federal se preocupara de la materia a partir de la década de 1920. En este sentido, la *FTC* en 1920 ponía de manifiesto al Congreso la necesidad de promulgar una ley para atacar esta práctica y proteger la

---

<sup>663</sup> Precisamente, la no aplicación de la *FCPA* al soborno commercial plantea dudas acerca de que la legislación de los EE. UU. respete la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Al respecto, véase SHULMAN, S., «The Criminalization of Bribery: Can the Foreign Corrupt Practices Act be Applicable to the Anti-Bribery Provisions of The United Nations Convention Against Corruption?», *American University International Law Review*, vol. 29, nº 3, 2014, págs. 718 a 753, *passim*.

<sup>664</sup> Al respecto, véase BURGER, E. S. y HOLLAND, M. S., «Why the Private Sector is Likely to Lead the Next Stage in the Global Fight Against Corruption», *Fordham International Law Journal*, vol. 30, nº 1, 2006, págs. 45 a 74, esp. págs. 63 a 69.

<sup>665</sup> Sobre la necesidad acuciante de una norma federal que persiga el soborno commercial, véanse la reflexiones de BOLES, J., «Examining the Lax...», *ob. cit.*, págs. 162 a 164.

<sup>666</sup> *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended June 30, 1918*, págs. 6 y 7 (disponible en [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/annual-report-1918/ar1918\\_0.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/annual-report-1918/ar1918_0.pdf); consulta agosto de 2014).

competencia leal y libre<sup>667</sup>. Incluso, se redactó un proyecto de norma general federal en 1922, que no llegó a aprobarse en el Senado; si bien, posteriormente, se dictaron diversas normas castigando el soborno comercial en industrias particulares<sup>668</sup>.

Ahora bien, ello no significa que sea imposible exigir responsabilidad penal por estos hechos a nivel federal, ya que existen normas de tal carácter que pueden ser aplicadas al soborno comercial. Es decir, no se ha promulgado una norma penal general que castigue esta práctica, pero es factible utilizar «un mosaico de la legislación federal»<sup>669</sup> para castigarla penalmente. Por su parte, en la mayoría de los Estados que conforman los EE. UU. sí existen leyes que castigan el soborno comercial (bien con carácter genérico o bien limitado a determinados sectores de actividad)<sup>670</sup>.

## II. LA PERSECUCIÓN DEL SOBORNO COMERCIAL A NIVEL FEDERAL

### 1. INTRODUCCIÓN

Como hemos indicado, existen diversas normas federales que pueden emplearse en la persecución y castigo del soborno de los empleados privados. Si

---

<sup>667</sup> *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended June 30, 1920*, pág. 54 (disponible en [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/annual-report-1918/ar1918\\_0.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/annual-report-1918/ar1918_0.pdf); consulta agosto de 2014).

<sup>668</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 128 y 129 y pág. 136, nota 103.

<sup>669</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 122.

<sup>670</sup> Se debe tener presente que EE. UU. es un Estado Federal, donde tanto los Estados que lo conforman como el Estado Federal tienen capacidad legislativa en materia penal y procesal penal. Las normas de tal naturaleza difieren entre un Estado y otro y entre cualquiera de ellos y el Estado Federal.

Este último, concretamente, ejerce su capacidad legislativa a través del Congreso, en aquellas materias que son de su competencia por afectar a intereses federales, los cuales se enumeran en la Sección Octava del artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos. En el ejercicio de estas competencias legislativas, el legislador federal puede aprobar normas penales. En ellas se incluyen los delitos federales. Es posible, por otro lado, que algunas infracciones penales federales también estén contempladas como tales a nivel estatal. Cuando ello ocurra la doctrina de la *dual sovereignty* permite su persecución en ambas jurisdicciones -salvo que las leyes que lo regulen en una u otra dispongan lo contrario-, sin que ello vulnere la *double jeopardy clause*; esto es, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos. En cualquier caso, por razones de política criminal, no es frecuente que el Gobierno Federal persiga una conducta después de que lo haya hecho el Estatal, salvo que el inicio de un nuevo proceso ante la Jurisdicción Federal permita proteger un interés de esta naturaleza.

Asimismo ha de destacarse que, de ordinario, los delitos económicos complejos se enjuician exclusivamente en la Jurisdicción Federal, y ello por dos razones fundamentales: la primera, porque este tipo de actividades, normalmente, cruzan las fronteras estatales; y, la segunda, porque, debido a su complejidad, su investigación y persecución exige unos medios de los que carecen los Estados.

Sobre la doctrina de la *dual sovereignty* y los extremos comentados, véase, STRADER, K. J., *Understanding White Collar Crimes*, 3ª ed., 2011, pág. 5.

bien, ha de señalarse que se trata de normas que no estaban destinadas originalmente a tal propósito<sup>671</sup>.

La más importante es la *Interstate and Foreign Travel or Transportation in Aid of Racketeering Enterprises Act* de 1952 (conocida como *Travel Act*)<sup>672</sup>. No es un estatuto general sobre el castigo del soborno comercial, pero contempla la responsabilidad, a nivel federal, por ciertas violaciones de las leyes estatales sobre el soborno comercial<sup>673</sup>. Ello pese a que no indique expresamente que su aplicación abarque el soborno comercial<sup>674</sup>.

Además de la *Travel Act* existen otras normas federales que se aplican para perseguir el soborno comercial, pero no tienen la importancia y la vocación de generalidad e intensidad con la que se viene aplicando la *Travel Act*, aunque también es posible acudir a ellas para perseguir este tipo de conductas.

## **2. LA TRAVEL ACT**

### **1. La normativa aplicable**

La *Travel Act* fue promulgada como respuesta integral frente a la compleja naturaleza de las empresas criminales y los problemas de jurisdicción que se planteaban en tal ámbito. Por ello, con carácter general regula los delitos que se cometen mediante los viajes a través de las fronteras estatales o federales. En concreto, se aplica a cualquier persona que viaja «en el comercio interestatal o extranjero» o que «utiliza el correo o cualquier otro mecanismo en el comercio interestatal o extranjero», con la intención de cometer ciertos actos criminales. Así, la Sección (a) señala la aplicación de la norma a<sup>675</sup>:

---

<sup>671</sup> Cfr. CLARK, S., «New solutions to the age-old problem of private-sector bribery», *Minnesota Law Review*, nº 97, junio 2013, págs. 2285 a 2319, esp. pág. 2294.

<sup>672</sup> 18 USC § 1952.

<sup>673</sup> ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments...», ob. cit., pág. 159; GREEN, S. P., «What's Wrong...», ob. cit., pág. 146, nota nº 16; y GREEN, S. P., *Lying, Cheating, and...*, ob. cit., pág. 195, nota nº 11.

<sup>674</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery under the Travel Act», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 70, nº 3, otoño 1979, págs. 337 a 348, esp. pág. 338.

<sup>675</sup> Literalmente:

«a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to—

(1) distribute the proceeds of any unlawful activity; or

(2) commit any crime of violence to further any unlawful activity; or

(3) otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity»

«a) El que viaja en el comercio interestatal o extranjero o utiliza el correo o cualquier medio en el comercio interestatal o extranjero, con la intención de-

(1) distribuir el producto de una actividad ilícita, o

(2) cometer cualquier delito violento para promover cualquier actividad ilícita, o

(3) promover, administrar, establecer, realizar, o facilitar la promoción, administración, establecimiento o realización de cualquier actividad ilícita».

El concepto «actividad ilícita» tiene varias definiciones específicas -18 USC § 1952 (b)-. Concretamente se considera como tal -18 USC § 1952 (b) (2)<sup>676</sup>:-

«(2) la extorsión, el soborno o incendio intencional con violación de las leyes del Estado en el que se cometieron o de los Estados Unidos (...)».

El hecho descrito puede ser castigado con multa o pena de prisión hasta 5 años (18 USC § 1952 (a) (A).

Por tanto, pese a que no existe una ley federal que castigue expresamente el soborno entre particulares, como sí existen leyes estatales que lo regulan, los tribunales estadounidenses han reconocido que estas leyes estatales pueden proporcionar una base para presentar cargos a nivel federal por una violación de la *Travel Act*<sup>677</sup>. En otras palabras, la *Travel Act* convierte el soborno en un delito federal, cuando supone una violación de una ley estatal<sup>678</sup>; es decir, por medio de ella, se «federalizan» las normas estatales contra el soborno comercial<sup>679</sup>.

Para llegar a esta conclusión, han sido necesarias varias sentencias que han abordado la cuestión y no siempre con decisiones uniformes. El significado

---

<sup>676</sup> «(2) extortion, bribery, or arson in violation of the laws of the State in which committed or of the United States (...)»

<sup>677</sup> ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments...», ob. cit., pág. 160.

<sup>678</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 337.

<sup>679</sup> DIAMANT, M., «FCPA + Travel Act: Double trouble?», *CNBC Moneycontrol*, 3 abril 2012, pág. 2.

y alcance de la norma ha sido fuente de controversia en los tribunales de EE. UU.<sup>680</sup>.

## **2. La aplicación por los tribunales**

### **2.1. *United States v. Pomponio***

En *United States v. Pomponio*<sup>681</sup> los hechos fueron los siguientes: los acusados efectuaron varios pagos (por un total de más de 300.000 dólares) al vicepresidente de un banco de Nueva York, con el propósito de influir en su conducta, en relación con una serie de préstamos hechos por el banco a las empresas que eran propiedad o estaban controladas por los acusados. Para ello los acusados viajaron desde el Estado de Virginia al de Nueva York. La acusación a nivel federal se presentó con base en la *Travel Act* y la legislación contra el soborno comercial de este último estado.

Los acusados alegaban que la palabra «soborno», que se utiliza en la *Travel Act*, debía entenderse en el sentido clásico, que lo limita a la corrupción de funcionarios públicos y que no lo extiende a tal conducta por los particulares. La sentencia del Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito reconoció que el delito de cohecho se limitaba inicialmente a los casos de corrupción de funcionarios, pero añadió que los Estados y el Gobierno federal han promulgado leyes que han ampliado el concepto de soborno en las áreas de la conducta privada, que está adecuadamente comprendida en el ámbito de la *Travel Act*. Los términos de esta norma al decir «quien cruza las líneas estatales o utiliza instalaciones interestatales», incluye a las personas privadas, así como a los funcionarios públicos. La conclusión es que los hechos por los cuales fueron acusados se incluían dentro del término genérico «soborno», que se utiliza en la *Travel Act*.

### **2.2. *United States v. Brecht***

La interpretación fue distinta en *United States v. Brecht*<sup>682</sup>. La acusación también se presentó conforme a la *Travel Act* y la ley contra el soborno comercial del Estado de Nueva York. El acusado trabajaba para una empresa como director de publicaciones técnicas. La empresa celebró un contrato con una compañía eléctrica para la construcción de una planta de generación de

---

<sup>680</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 337.

<sup>681</sup> 511 F.2d 953 (4th Cir. 1975). Disponible en <http://openjurist.org/511/f2d/953/united-states-v-pomponio> (consulta septiembre de 2013).

<sup>682</sup> 540 F.2d 45 (2d. Cir. 1976). Disponible en <http://openjurist.org/540/f2d/45/united-states-v-brecht> (consulta septiembre de 2013).

energía en Texas. En virtud de este contrato, la empresa del acusado debía entregar a la compañía eléctrica diversos manuales técnicos, que explicaran el funcionamiento y mantenimiento de equipos instalados en la planta. Una tercera empresa, que se dedicaba a producir manuales, presentó una oferta a la empresa del acusado para la elaboración de los manuales técnicos. El acusado tenía capacidad para determinar si los manuales técnicos requeridos serían producidos por su propia empresa o por terceros y ya había seleccionado en otras ocasiones a subcontratistas para que los elaboraran. En esta situación, un representante de la empresa interesada viajó desde Pennsylvania a Nueva York y se reunió con el acusado, que exigió 1000 dólares como condición para la adjudicación del contrato. En reuniones posteriores, recibió tal cantidad de dinero y fue detenido.

El acusado fue inicialmente condenado y en apelación alegó que el soborno comercial no estaba abarcado por el término «soborno» de la *Travel Act*. El Tribunal de Apelación del Segundo Circuito consideró que el soborno se ha centrado tradicionalmente en actividades de corrupción por parte de funcionarios públicos y la definición tradicional de soborno se limita a la concesión o recepción de cualquier cosa de valor en pago de un acto oficial. A continuación, añadió que es significativo que en 1960, un año antes de que la *Travel Act* fuera promulgada, sólo trece Estados tenían leyes contra el soborno comercial; y que la citada norma fue promulgada con el propósito de castigar los hechos cometidos en beneficio de empresas involucradas en el «crimen organizado».

Por ello, entendió que el soborno comercial, que es moralmente condenable, constituía una violación de la ley estatal, sin que se constatará ninguna evidencia de la intención del Congreso para incluir el soborno comercial en el marco de la *Travel Act*. Como la ambigüedad relativa al ámbito de aplicación de las leyes penales debe resolverse a favor de reo, concluyó que la *Travel Act* no incluía el delito de soborno comercial. En consecuencia, revocó la condena y absolvió al recurrente de este delito.

### **2.3. *Perrin v. United States***

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión en *Perrin v. United States*<sup>683</sup>. Los hechos, en síntesis, eran los siguientes: Perrin y otros idearon un plan para explotar los datos geológicos obtenidos de una empresa, con sede en Luisiana, que llevaba a cabo exploraciones geológicas y vendía los datos

---

<sup>683</sup> 444 U.S. 37 (1979). Disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/37/case.html> (consulta septiembre de 2013).



obtenidos a las compañías petroleras. Para ello contactaron con un empleado de la empresa y le ofrecieron que les cediera información confidencial, a cambio de un porcentaje de las ganancias de otra empresa que había sido creada para utilizar esa información. El empleado, analista de datos sísmicos, les proporcionó la información subrepticamente. Perrin, que era geólogo, era el encargado de analizar los datos, para lo cual contactó por teléfono con una empresa de Texas, a fin de que le proporcionaran mapas necesarios para entender dichos datos. Los autores de estos hechos operaban desde Luisiana.

El jurado condenó a Perrin por violación de la *Travel Act*, habiéndose basado la acusación en la violación de la legislación sobre el soborno comercial vigente en Luisiana. El Tribunal de Apelación del Quinto Circuito, confirmó la condena, rechazando la tesis de que la intención del Congreso fuera que la *Travel Act* sólo incluyera el soborno de funcionarios públicos. También entendió que la legislación de Luisiana sobre la materia era constitucional.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso. Indicó que cuando se promulgó la *Travel Act*, como parte de un programa legislativo dirigido contra el crimen organizado, el entendimiento común sobre el soborno se había extendido más allá de sus primeras definiciones, que lo limitaban a la corrupción de funcionarios públicos. El Congreso reconoció que el soborno de los particulares era ampliamente utilizado en las actividades criminales altamente organizadas, para infiltrarse y obtener el control de los negocios legítimos, por lo que era un área de preocupación especial al aprobar la *Travel Act*. Así como, que estaba fuera de toda duda que con la citada norma se pretendía añadir un segundo nivel de aplicación (federal) que complementara la legislación estatal.

Además, al interpretar el sentido que había de darse el concepto de soborno, el Tribunal Supremo acudió al precedente de *United States v. Nardello*<sup>684</sup>. En tal caso, tuvo que interpretar si el concepto «extorsión» de la *Travel Act* se limitaba solo a funcionarios públicos; y consideró que también podía aplicarse a conductas de particulares. La misma solución debía mantenerse para el caso del soborno.

En conclusión, el Tribunal Supremo, en *Perrin v. United States*, reconoció que el soborno comercial podía constituir la base de una violación de la *Travel Act*. Es decir, el concepto «soborno» incluye ambos sentidos: se refiere tanto al soborno de funcionarios públicos como al soborno comercial. De modo

---

<sup>684</sup> 393 U.S. 286 (1969). Disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/286/case.html> (consulta septiembre de 2013).

que la legislación estatal contra el soborno comercial es susceptible de constituir el fundamento de un procedimiento a nivel federal por tal delito<sup>685</sup>.

Esta interpretación ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. Se argumenta, en primer lugar, que el propósito de la *Travel Act* era combatir la delincuencia organizada y los sobornos llevados a cabo por el «crimen organizado», que normalmente toman la forma de soborno de funcionarios públicos, por lo que sería sensato limitar la norma a tal tipo de soborno<sup>686</sup>. Además, se añade que la historia legislativa de la norma citada indica que su intención era prevenir la corrupción de funcionarios<sup>687</sup>. En tercer lugar, si el significado del soborno en la *Travel Act* es ambiguo, ante tal ambigüedad la norma penal debe ser objeto de interpretación restrictiva<sup>688</sup>. Por otra parte, una definición tan amplia haría del soborno comercial uno de los principales delitos federales en los Estados que tienen regulación penal relativa a tal delito, lo que sería incoherente si se compara la levedad de las penas aplicables, en general, al soborno comercial en tales regulaciones, frente a las contempladas en la *Travel Act*<sup>689</sup>. Finalmente, se indica que, dada la facilidad con la que los ciudadanos viajan en la sociedad actual, una parte importante de la actividad criminal, tradicionalmente sujeta a la regulación estatal, quedaría cubierta por la legislación federal mediante una «*Travel Act* expansiva»; lo que podría alterar las relaciones federales-estatales y daría lugar a situaciones en las que el origen geográfico de los implicados, que es una cuestión de casualidad, transformaría delitos estatales, relativamente menores, en delitos federales<sup>690</sup>.

#### **2.4. *United States v. Welch***

Con posterioridad a *Perrin v. United States*, la solución alcanzada es la misma en la sentencia del caso *United States v. Welch*<sup>691</sup>, dictada por el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito. En este caso, los acusados eran los ejecutivos del Comité de la Candidatura de Salt Lake City para los Juegos Olímpicos de Invierno de 2002 (organización sin ánimo de lucro), que sobornaron a miembros del Comité Olímpico Internacional, para lo cual utilizaron medios tanto de un Estado a otro, como de ámbito internacional.

---

<sup>685</sup> GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., págs. 43 y 44.

<sup>686</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 341.

<sup>687</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 342.

<sup>688</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 341.

<sup>689</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 346.

<sup>690</sup> GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery...», ob. cit., pág. 347.

<sup>691</sup> 327 F.3d 1081, 1090 (10th Cir. 2003). Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1137257.html>, consulta septiembre de 2013.

El tribunal de instancia rechazó la acusación (que incluía la violación de la *Travel Act*, basada en la vulneración de la legislación contra el soborno comercial del Estado de Utah), considerando que la conducta debía estar asociada con el crimen organizado y por las dudas del tribunal sobre la aplicación de la legislación de Utah. En apelación, el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito revocó esta decisión, entendiendo que la aplicación de la *Travel Act* no se limitaba a las situaciones de crimen organizado; y añadió que la vulneración real de la legislación de Utah contra el soborno comercial «no es un elemento» de la violación de la *Travel Act*, sino que a la acusación le bastaba con probar que los acusados querían promover o facilitar la promoción de una actividad ilegal, por ejemplo, el soborno. Por tanto, no era necesario demostrar que los acusados querían específicamente vulnerar la legislación estatal concreta (en este caso, la de Utah). El Décimo Circuito consideró irrelevante que la legislación estatal no previera específicamente que pudiera ser la base para un proceso federal respecto de un supuesto de soborno comercial, incluso a nivel internacional.

Esta resolución refuerza la eficacia de la legislación estatal contra el soborno comercial como base para aplicar la *Travel Act*, sea cual sea la gravedad de la infracción conforme a la norma estatal<sup>692</sup>.

La aplicación de la *Travel Act* a este supuesto se ha considerado discutible, dado que se refiere a organizaciones sin fines de lucro (se trataba del Comité de la Candidatura de Salt Lake City para los Juegos Olímpicos de Invierno de 2002), pero que podría decirse que realizan funciones públicas o semipúblicas; por lo que, más que un caso de soborno comercial, puede considerarse como un recurso a dicha norma para abordar el soborno de personas similares a los funcionarios extranjeros, que no puede ser incluido en la *FCPA*<sup>693</sup>.

### 3. Presupuestos de aplicación de la *Travel Act*

Conforme a lo indicado hasta ahora y la interpretación de los tribunales, la *Travel Act* se aplica para perseguir el soborno comercial, cuando el mismo se lleva a cabo en el comercio interestatal o utilizando un medio en ese comercio y

---

<sup>692</sup> La regulación de Utah contemplaba el soborno comercial como *misdemeanor*; es decir, como una infracción menor. Con más detalle, ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments...», ob. cit., pág. 162.

<sup>693</sup> RUPP, J. P. y FINK, D., «Foreign commercial bribery and the long reach of U.S. law», *Bloomberg Law Reports. Corporate and M&A Law*, vol. 6, nº 3, 2012 (disponible en [http://www.cov.com/files/Publication/6f93a9ee-340d-49b3-83fe-25d3ddc8ced/Presentation/PublicationAttachment/5af5ff4-f264-42f2-aace-2781d6869cd9/Foreign\\_Commercial\\_Bribery\\_and\\_the\\_Long\\_Reach\\_of\\_U.S.\\_Law.pdf](http://www.cov.com/files/Publication/6f93a9ee-340d-49b3-83fe-25d3ddc8ced/Presentation/PublicationAttachment/5af5ff4-f264-42f2-aace-2781d6869cd9/Foreign_Commercial_Bribery_and_the_Long_Reach_of_U.S._Law.pdf); consulta septiembre de 2013), pág. 2.

existe una norma estatal que prohíbe tal actividad. Por tanto, es preciso que se den dos presupuestos: i) que se desarrolle una actividad que reúne los elementos necesarios para aplicar la citada norma; y ii) que, además, se vulnere una norma estatal contra el soborno<sup>694</sup>.

### 3.1. Actividad a la que se aplica la *Travel Act*

En cuanto al primer presupuesto, es preciso que se dé una situación de comercio interestatal, es decir, que la actividad comercial se desarrolle o afecte, al menos, a dos Estados<sup>695</sup>; por ejemplo, cuando una empresa con sede en un Estado envía a un empleado a otro Estado, a obtener un contrato, y una vez allí ese empleado lleva a cabo un soborno comercial. La propia *Travel Act* -18 USC § 1952 (b) (3) (ii)- señala que<sup>696</sup>:

«el término «Estado» incluye a un Estado de los Estados Unidos, el Distrito de Columbia, y cualquier mancomunidad, territorio o posesión de los Estados Unidos».

También cabe su aplicación cuando se emplee un medio en el desarrollo del comercio interestatal, como el correo, el *email*, internet, fax o el teléfono<sup>697</sup>; por ejemplo, enviar un correo electrónico o hacer una llamada telefónica, desde un Estado a otro, ofreciendo o solicitando un soborno en el ámbito de las relaciones comerciales. Lo mismo sucede si se efectúa una transferencia electrónica entre Estados con dicha finalidad<sup>698</sup>. Es decir, basta con cualquier comunicación interestatal que se lleve a cabo en el ejercicio de una actividad comercial<sup>699</sup>.

### 3.2. Vulneración de una norma estatal contra el soborno

---

<sup>694</sup> CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., págs. 2294 y 2295.

<sup>695</sup> Cfr. PODGOR. E. S. e ISRAEL, J. H., *White Collar Crime in a Nutshell*, 4ª edición, Thomson Reuters, 2009, pág. 128.

<sup>696</sup> Literalmente:

«the term “State” includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States».

<sup>697</sup> RODRIGUEZ, A. y KNIFFEN, M. P., «Liability under the Travel Act for commercial bribery», *Corporate officers & Directors liability. Westlaw Journal*, vol. 28/8, octubre 2012, pág. 1. También SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery...», ob. cit., pág. 2; y HOWARD, D. M., KRAUSE, C. A. y GIBSON, W., «Private commercial bribery: the next wave of anti-corruption enforcement?», *ACC Lexology*, abril de 2010 (disponible en <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9975ef8f-95c0-4a5a-8c45-27c4e800f338>; consulta octubre de 2013).

<sup>698</sup> SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery...», ob. cit., pág. 2.

<sup>699</sup> DIAMANT, M., «FCPA + Travel Act...», ob. cit., pág. 1.

Es preciso, además, que esa actividad vulnere una norma establecida por un Estado para castigar el soborno comercial. Es decir, que suponga un delito castigado por la legislación estatal sobre la materia. Sobre qué Estados en concreto cuentan con dichas normas, trataremos posteriormente.

Mientras no exista una ley federal que regule el soborno en el sector privado, las autoridades federales sólo podrán perseguirlo cuando se den las condiciones indicadas<sup>700</sup>. En cualquier caso, la aplicación de la *Travel Act* no exige que el soborno tenga éxito, basta con un intento de soborno en las condiciones descritas<sup>701</sup>.

Este sistema de incriminación no está exento de críticas, en la medida en que puede ser injusto y confuso<sup>702</sup>, por las siguientes razones:

1) Si el soborno se comete en un Estado sin legislación al efecto, el hecho puede quedar impune; en la medida en que la *Travel Act* sólo es aplicable si la conducta se produce en el ámbito de una jurisdicción estatal que castigue el soborno comercial<sup>703</sup>.

2) Si el soborno se comete en un Estado con tal regulación, la misma resulta dispar en cuanto a la gravedad del hecho y de las sanciones aplicables, pero sin embargo, la aplicación de las sanciones de la *Travel Act* es la misma.

#### **4. La aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense: el tándem *Travel Act-FCPA***

La persecución del soborno comercial, aplicando la *Travel Act*, no fue especialmente intensa en un principio<sup>704</sup>, en el ámbito interno de los EE. UU. Sin embargo, desde mediados de la década de 2000, la tendencia ha variado tanto a nivel interno como internacional y han sido relativamente frecuentes los procedimientos aplicando la citada norma, combinando la misma con la *FCPA*, para combatir el soborno comercial y el soborno a empleados públicos<sup>705</sup>.

---

<sup>700</sup> CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., pág. 2295. Sobre la necesidad acuciante de una norma federal que persiga el soborno comercial, véanse la reflexiones de BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 162 a 164.

<sup>701</sup> RODRIGUEZ, A. y KNIFFEN, M. P., «Liability under...», ob. cit., pág. 1.

<sup>702</sup> CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., pág. 2305.

<sup>703</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 138.

<sup>704</sup> Posiblemente porque, en comparación con la *Hobbs Act*, sus penas son relativamente indulgentes; GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 44.

<sup>705</sup> Con más detalle, SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery...», ob. cit., pág. 1; RUPP, J. P. y FINK, D., «Foreign commercial bribery...», ob. cit., pág. 1.

Inicialmente, el Departamento de Justicia prestó poca atención al soborno comercial en el ámbito internacional, para centrarse en el soborno a empleados públicos en el extranjero. Pero la tendencia está cambiando y ahora los esfuerzos se dirigen también hacia el soborno comercial. Prueba de ello es que el propio Departamento de Justicia indica que existe la posibilidad de que una conducta que viola la *FCPA* también puede violar otras leyes; y que los pagos a funcionarios de gobiernos extranjeros pueden violar esas leyes, incluso aunque todos los elementos de una violación de la *FCPA* no estén presentes. Entre esas leyes cita la *Travel Act* e indica que puede ser aplicada a los sobornos a un empleado de una empresa privada, que no sea un funcionario extranjero<sup>706</sup>. Añadiendo que ha acusado a particulares y empresas en casos de violación de la *FCPA* y la *Travel Act*.

Ello se debe a que la *Travel Act* también se puede aplicar a las conductas de soborno en el extranjero, ya que su ámbito de aplicación es el comercio interestatal y también el comercio en el extranjero («interstate or foreign commerce»)<sup>707</sup>. Si ello es así, entonces los presupuestos de aplicación son dos: i) actividad a la que se aplica la *Travel Act*, que en este caso es la citada actividad de comercio en el extranjero; y ii) vulneración de una norma contra el soborno (por ejemplo, si una persona en EE. UU., desde un Estado que cuente con una ley contra el soborno comercial, envía un correo electrónico o hace una llamada telefónica al extranjero con la intención de facilitar un soborno).

Además, debe tenerse presente que la *Travel Act* y la *FCPA* no son normas mutuamente excluyentes, por lo que las autoridades han venido presentando cargos combinando ambas regulaciones<sup>708</sup>. La *Travel Act* a menudo funciona como una norma complementaria a una acusación conforme a la *FCPA*, para perseguir tanto la conducta sujeta a la *FCPA* como la conducta que está más allá del alcance de la misma<sup>709</sup>.

De hecho, se constata que, para la acusación, la *Travel Act* presenta una serie de ventajas en relación con la *FCPA*<sup>710</sup>, por lo que puede presentarse como

---

<sup>706</sup> *FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (disponible en [www.justice.gov/CRIMINAL/fraud/fcpa/guide.pdf](http://www.justice.gov/CRIMINAL/fraud/fcpa/guide.pdf); consulta septiembre de 2013), pág. 48.

<sup>707</sup> 18 USC § 1952 (a).

<sup>708</sup> RODRIGUEZ, A. y KNIFFEN, M. P., «Liability under...», ob. cit., pág. 3.

<sup>709</sup> DIAMANT, M., «*FCPA + Travel Act...*», ob. cit., pág. 2; ROGERS, H. L. y CRISHAM, E., «In *FCPA* Compliance, Don't Forget About The Travel Act», *Law 360*, 9 de mayo de 2013 (disponible en <http://www.law360.com/articles/439533/in-fcpa-compliance-don-t-forget-about-the-travel-act>; consulta abril de 2014).

<sup>710</sup> Cfr. SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery...», ob. cit., pág. 1.

una «alternativa atractiva» para perseguir los sobornos en el extranjero<sup>711</sup>. Especialmente, las ventajas derivan de que no requiere acreditar el nexo con un funcionario extranjero, eliminando la necesidad de demostrar que el destinatario del soborno era tal funcionario. Además, si la violación de la *Travel Act* se basa en las leyes estatales antisoborno, el Fiscal puede acudir a la ley estatal que más se ajuste a sus necesidades en el caso concreto (*forum shop*), porque la mayoría de los actos de soborno comercial se relacionarán con varios Estados. A lo que se ha de añadir que cabe plantear cargos por violación de la *Travel Act*, no sólo recurriendo a la violación de la norma estatal antisoborno, sino incluso sosteniendo la vulneración de la propia *FCPA*<sup>712</sup>.

Alguno de los supuestos más recientes que refleja esta tendencia de las autoridades, que ha sido calificada como interpretación expansiva<sup>713</sup> de la *Travel Act* o como «una vieja herramienta recientemente vigorizada»<sup>714</sup>, aplicada en combinación con la *FCPA*, son *United States v. Control Components Inc.*<sup>715</sup> y *United States v. Kaufmann*<sup>716</sup>.

Otros supuestos<sup>717</sup> son *United States v. Bourke*<sup>718</sup>, *United States v. Ott et al.*<sup>719</sup> y *United States v. Thomson et al.*<sup>720</sup>. También cabe citar *United States v. Carson*, relacionado con *United States v. Control Components Inc.*, dado que se siguió contra ejecutivos de dicha entidad<sup>721</sup>.

---

<sup>711</sup> DIAMANT, M., «*FCPA + Travel Act...*», ob. cit., pág. 3.

<sup>712</sup> Estas «ventajas» se traducen, por otro lado, en la práctica, en que el Fiscal puede conectar hechos aparentemente no vinculados entre sí y permite ampliar los plazos de prescripción; SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery...», ob. cit., pág. 1.

<sup>713</sup> RODRIGUEZ, A. y KNIFFEN, M. P., «Liability under...», ob. cit., pág. 2.

<sup>714</sup> SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery...», ob. cit., pág. 2. También se ha dicho que la *Travel Act* es the «little brother» de la *FCPA*; CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., pág. 2286.

<sup>715</sup> C.D. Cal. 31 de julio de 2009.

<sup>716</sup> E.D.N.Y. 14 de junio de 2013.

<sup>717</sup> Con más detalle sobre ellos, véase RODRIGUEZ, A. y KNIFFEN, M. P., «Liability under...», ob. cit., págs. 3 y 4. También, *FCPA. A Resource Guide...*, ob. cit., pág. 48, notas 276 a 278; y HILLEBRECHT J. M. y GANS K. S., «Is DOJ moving beyond the *FCPA*? The anti-corruption net widens to embrace commercial bribery», *DlaPiper*, 28 de septiembre de 2010 (disponible en <http://www.dlapiper.com/is-doj-moving-beyond-the-fcpa-the-anti-corruption-net-widens-to-embrace-commercial-bribery/>; consulta octubre de 2013).

<sup>718</sup> S.D.N.Y. 10 de julio de 2009.

<sup>719</sup> D.N.J. 27 de Julio de 2007.

<sup>720</sup> N.D. Ala. 1 de julio de 2004.

<sup>721</sup> Sobre este proceso, véase BERGER, P. R., YANNETT, B. E. y FUHR, D. M., «The use of the Travel Act to prosecute foreign commercial bribery: a review of the denial of the defense motion in *United States v. Carson*», *FCPA Update*, Debevoise & Plimpton LLP, vol. 3, nº 3, octubre, 2011 (disponible en [http://www.debevoise.com/files/Publication/64730281-500e-48e2-85ca-30f30a991ee/Presentation/PublicationAttachment/4d840f5d-2260-4af4-9852-950dc5af8a1c/fcpa\\_update\\_oct2011.pdf](http://www.debevoise.com/files/Publication/64730281-500e-48e2-85ca-30f30a991ee/Presentation/PublicationAttachment/4d840f5d-2260-4af4-9852-950dc5af8a1c/fcpa_update_oct2011.pdf); consulta octubre de 2013), págs. 1 a 5.

En *United States v. Control Components Inc.*<sup>722</sup>, los acusados llegaron a un acuerdo, aceptando ser culpables de violación de la *FCPA* y la *Travel Act* (en contravención de la regulación del soborno comercial en California), por haber llevado a cabo sobornos, con el fin de obtener contratos, en aproximadamente 36 países, mediante pagos a funcionarios y empleados de diversas empresas estatales extranjeras, así como empresas privadas extranjeras y nacionales. En este caso, se consideró que concurrían todos los presupuestos para la aplicación de la *Travel Act*, aunque el objetivo de los autores fuera un soborno en el extranjero y se llevara a cabo una serie de transferencias que implicaban a países ajenos a los EE. UU. Pese a ello, se entendió que la norma era aplicable desde el momento en que se utiliza (en este caso, desde California) un canal del comercio exterior para ofrecer un pago corrupto a un empleado y, posteriormente, efectuar tal pago.

El acuerdo incluyó el pago de una multa de 18,2 millones de dólares; además de otras medidas, como crear, implementar y mantener un programa integral de *compliance* contra el soborno; contratar a un supervisor independiente, durante un período de tres años, para revisar el diseño e implementación del citado programa; y presentar informes periódicos a las autoridades.

En *United States v. Kaufmann*, Roland Kaufmann, ciudadano suizo, ex director general de *Axius Inc.* (constituida en Nevada y con su principal lugar de actividad en Dubai -EUA-), junto con un profesional de las finanzas, también suizo, Jean-Pierre Neuhaus, sobornaron a una red de corredores de bolsa en los EE. UU. para inflar artificialmente el valor de las acciones de la empresa *Axius*. Para ello utilizaron el correo electrónico y el teléfono para contactar con personas en EE. UU. y viajaron a New York para reunirse con ellas. Pese a que parte de los hechos relativos al soborno sucedieron fuera de este país, ello no impidió la aplicación de la *Travel Act* y la imposición de una condena de 16 meses de prisión<sup>723</sup>.

---

<sup>722</sup> 09-CR-162-JVS. Los documentos y la información del proceso se pueden consultar en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/control-components.html>; consulta septiembre de 2013. Para un resumen del mismo, véase DIAMANT, M., «FCPA + Travel Act...», ob. cit., pág. 2; y FOX, R. T., «Robert Kennedy, the Travel Act and the FCPA», *FCPA Compliance and Ethics Blog*, 11 de enero de 2010 (disponible en <http://tfoxlaw.wordpress.com/2010/01/11/robert-kennedy-the-travel-act-and-the-fcpa/>; consulta octubre de 2013).

<sup>723</sup> Un comentario de este caso puede consultarse en FUNK, T. M. y SINK, M., «Regulatory: U.S. Travel Act JOINS FCPA on the compliance main stage. Commercial bribery as the new DOJ target», *InsideCounsel*, 30 de enero de 2013 (disponible en <http://www.insidecounsel.com/2013/01/30/regulatory-us-travel-act-joins-fcpa-on-the-compliance>; consulta septiembre de 2013).



En este contexto, se empieza a reclamar una reforma de la *FCPA* que incluya una regulación del soborno comercial<sup>724</sup>. En primer lugar, porque para algunos autores, en la situación actual el predominio de los EE. UU. en la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales (de la que la propia promulgación de la *FCPA* fue buena muestra) está siendo reemplazado por el avance innovador de la comunidad internacional a través de diversos tratados<sup>725</sup>. En segundo lugar, porque la reforma permitiría desvanecer la distinción entre empresas privadas y funcionarios públicos y, precisamente, adecuar la normativa estadounidense a las normas internacionales<sup>726</sup>.

### 3. OTRAS NORMAS FEDERALES

Como ya hemos indicado, además de la *Travel Act* existen otras normas federales que se aplican para perseguir el soborno comercial, pero no tienen la importancia y la vocación de generalidad e intensidad con la que se viene aplicando la *Travel Act*. Se trata de las siguientes normas.

#### 1. Normas sobre el fraude postal y de telecomunicaciones

##### 1.1. En general

En primer lugar, se cuenta con las normas sobre el fraude postal y de telecomunicaciones. Concretamente, son<sup>727</sup>:

- 1) 18 USC § 1341 (*Frauds and swindles*).
- 2) 18 USC § 1343 (*Fraud by wire, radio, or television*).
- 3) 18 USC § 1346 (*Definition of "scheme or artifice to defraud"*)<sup>728</sup>.

---

<sup>724</sup> Sobre las líneas que se dibujan para una futura reforma de la *FCPA*, véase WEISSMANN, A. y SMITH, A., «Restoring Balance. Proposed amendments to the Foreign Corrupt Practices Act», *U.S. Chamber Institute for Legal Reform*, octubre de 2010 (disponible en [http://www.instituteforlegalreform.com/sites/default/files/restoringbalance\\_fcpa.pdf](http://www.instituteforlegalreform.com/sites/default/files/restoringbalance_fcpa.pdf), consulta octubre de 2013), *passim*.

<sup>725</sup> SHULMAN, S., «The Criminalization of Bribery...», ob. cit., págs. 731 y 732.

<sup>726</sup> CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., págs. 2313 y 2319; y GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», pág. 60.

<sup>727</sup> Con más detalle, sobre estos preceptos, CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., págs. 2298 a 2300 y 2308 a 2309; y GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 44.

<sup>728</sup> El § 1346 se conoce en la práctica con la denominación de «honest services fraud». Constituye una forma específica de fraude, que originariamente sólo era imputable a los funcionarios y referido a la vulneración de los deberes que les son exigibles como servidores públicos; si bien, posteriormente ha sido utilizado como «cajón de sastre» para perseguir conductas variadas.

En esta normativa se consideran incluidos los sobornos a empleados de empresas privadas, utilizando para ello los servicios postales o telegráficos. De tal manera que un empleado que acepta un soborno, y lo hace por medio del correo o las telecomunicaciones, puede ser perseguido por fraude postal. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en *Skilling v. United States*<sup>729</sup>.

Esta normativa se ha utilizado para procesar por pagar sobornos en diversas industrias, como la venta de carne al por mayor, de chatarra, de madera o en el ámbito de las empresas de inversión<sup>730</sup>. Un supuesto conocido en el que se aplicó fue *United States v. Joselyn*<sup>731</sup>, en el que se declaró probado que empleados de una empresa automovilística (Honda) recibían dinero y objetos de valor por parte de personas que intentaban instalar un concesionario de coches, para que decidieran a su favor.

## 1.2. El «escándalo de la FIFA»

Recientemente, estas normas han resultado aplicadas en el llamado «escándalo de la FIFA»<sup>732</sup>.

El 27 de mayo de 2015 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, tras una larga investigación, formuló cargos contra nueve dirigentes de la FIFA (incluyendo dos antiguos vicepresidentes y el actual presidente de la CONCACAF<sup>733</sup>), mediante la presentación de un *indictment* por parte de la Fiscalía, ante un Tribunal de Brookling, en Nueva York<sup>734</sup>. Todos ellos eran acusados de diseñar un plan delictivo destinado a enriquecerse, a través del cobro de sobornos y comisiones ilegales a cambio de la concesión de los derechos de los partidos y torneos de fútbol, de la contratación de ciertos patrocinadores, de la designación de las sedes de distintas competiciones deportivas o de la elección del propio Presidente de la FIFA.

---

<sup>729</sup> 561 US (2010); disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1394.pdf>, consulta octubre de 2013.

<sup>730</sup> Cfr. BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 139.

<sup>731</sup> 99 F.3d 1182; disponible en <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/099/99.F3d.1182.95-2147.95-2146.html>, consulta octubre de 2013.

<sup>732</sup> La *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* es una asociación de Derecho suizo, fundada en 1904, con sede en Zúrich. Está compuesta por 209 asociaciones o federaciones nacionales de fútbol de distintos países.

<sup>733</sup> La Confederación de América del Norte, Central y el Caribe de Fútbol (CONCACAF), es la confederación de asociaciones nacionales de fútbol de América del Norte, América Central, las islas del Caribe, Guyana, Surinam y la Guayana Francesa. Es una de las seis confederaciones pertenecientes a la FIFA.

<sup>734</sup> *Indictment* 15 CR 0252(RJD)(RML). Disponible en <http://www.justice.gov/opa/file/450211/download>; consulta agosto de 2015.

Junto a los dirigentes de este organismo fueron acusadas otras cinco personas: cuatro de ellas altos ejecutivos de empresas deportivas; y una quinta, relacionada con los medios de comunicación, acusada de haber actuado de intermediario entre todos ellos.

Las actividades criminales descritas se habrían prolongado durante más de 25 años, dando lugar a un sistema de corrupción generalizada, que el *indictment* califica de «endémico». Con su comportamiento, los acusados, además de perjudicar económicamente a la *FIFA* y demás federaciones y confederaciones deportivas miembros de la misma, habrían distorsionado el mercado de los derechos relacionados con el fútbol, perjudicando a unos competidores en beneficio de otros.

En el escrito de acusación presentado se describen y concretan con detalle las acciones que se imputan a cada uno de los catorce acusados. Las mismas habrían consistido básicamente en la petición, recepción y pago de sobornos y comisiones ilegales a cambio de que las decisiones que habrían de tomarse en el seno de la *FIFA* -y demás confederaciones y federaciones asociadas a ella- favorecieran a unos pocos, concretamente, a aquellos que hacían los pagos que se les requerían. Así, entre otras muchas operaciones, se relata cómo Jack Warner, antiguo vicepresidente de este organismo, habría recibido unos diez millones de dólares para que él (y otros miembros con derecho a voto) apoyaran a Sudáfrica como sede de la Copa Mundial de Fútbol en el año 2010. La Fiscalía describe cómo se alcanzó el acuerdo (después de haber rechazado una oferta previa muy inferior de las autoridades marroquíes, que también aspiraban a organizar el torneo), se entregó el dinero y se distribuyó el mismo y cómo se ocultó a través de diversas cuentas en paraísos fiscales.

La conducta de los acusados, precisamente para ocultar los pagos ilícitos, habría incluido la contratación de «servicios de consultoría» o similares para ocultar su existencia, dándoles apariencia de licitud; la creación de sociedades pantallas; la apertura de cuentas bancarias en paraísos fiscales; la ocultación sistemática de la tenencia de cuentas bancarias en el extranjero; la realización de transacciones, de forma que se eludieran los controles sobre los movimientos de efectivo; la compra de inmuebles y otros bienes; o el uso de cajas de seguridad.

Desde los años 90 del siglo pasado y, sobre todo, entre los años 2000 y 2010 muchas de las operaciones financieras llevadas a cabo por los acusados, para ejecutar u ocultar sus actividades, se realizaron a través del sistema

bancario de EE. UU, por lo que se aplican las normas federales contra el fraude postal y de telecomunicaciones. La *FIFA*, por ejemplo, transfirió millardos de dólares desde sus cuentas en una entidad Suiza a la entidad corresponsal de esta última en los Estados Unidos. Algunos de los acusados, por otro lado, fueron titulares de cuentas bancarias en Nueva York, Miami, Florida o San Francisco. En el *indictment* se enumeran exhaustivamente muchos de los movimientos de fondos ilícitos que se realizaron a través de los Estados Unidos.

Ha de destacarse -también con relación a la posible conexión, con EE. UU, de la actividad criminal perseguida- que la CONCACAF, en cuyo seno tuvieron lugar algunas de las actividades ilícitas, tuvo su sede central en Nueva York, hasta el año 2011, en que la trasladó a Miami<sup>735</sup>.

Los hechos que se imputan podrían ser constitutivos, entre otros, de los delitos de conspiración, fraude postal, blanqueo de capitales u obstrucción a la justicia. Y las penas que, como consecuencia de los cargos presentados, afrontan los acusados alcanzan los 20 años de prisión, además de las multas correspondientes y la privación de los bienes obtenidos como consecuencia de los delitos cometidos.

De los catorce acusados incluidos en el *indictment*, siete de ellos (Jeffrey Webb, Eduardo Li, Julio Rocha, Costas Takkas, Eugenio Figueredo, Rafael Esquivel y José María Marín) fueron detenidos en Suiza a instancia de EE. UU., que ha instado su extradición. Además, otras cuatro personas físicas y dos jurídicas ya han sido condenadas por estos hechos, al alcanzar un acuerdo con la Fiscalía (lo hicieron con anterioridad, en los años 2013 y 2014). Entre ellos, Charles Blazer, el antiguo secretario general de la CONCACAF y representante de EE. UU. en el comité ejecutivo de la *FIFA*; y José Hawilla, propietario y fundador del grupo *Traffic Group*, una multinacional del deporte con sede en Brasil<sup>736</sup>.

---

<sup>735</sup> Todos estos elementos ponen de manifiesto que no cabe hablar de una extralimitación en la aplicación extraterritorial de las normas de EE. UU. a los hechos descritos. Además del uso de su sistema bancario y del hecho de que la CONCACAF tenga su sede en EE. UU., debe tenerse presente que dos de las catorce personas acusadas son ciudadanos estadounidenses, otra tiene su residencia permanente en EE. UU. y otras tres personas tienen residencias en propiedad en ese país. Sobre esta cuestión, véase DEMING, S. H., «Misunderstood: The FIFA scandal and the extraterritorial reach of US law», *OUPblog*, 2 de junio de 2015 (disponible en <http://blog.oup.com/2015/06/fifa-scandal-extraterritorial-reach-of-us-law/>; consulta agosto 2015).

<sup>736</sup> Precisamente, las dos entidades condenadas por estos hechos son *Traffic Sports International Inc.* y *Traffic Sports EE.UU. Inc.*, ambas pertenecientes al grupo del que José Hawilla es propietario. Con más detalle, CASSIN, R. L., «Feds bust FIFA for racketeering and corruption, fourteen arrests and four guilty pleas», *The FCPA Blog*, 27 de mayo de 2015 (disponible en

Este procedimiento es un ejemplo claro de aplicación de las normas sobre el fraude postal para perseguir el soborno, dado que de los 47 delitos que se incluyen en el *indictment*, al menos 20 de ellos se califican como *wire fraud* o *wire fraud conspiracy*.

## 2. Normas contables de la FCPA

Debe tenerse presente, como hemos indicado, que la FCPA no se aplica al soborno comercial. Sin embargo, contiene una serie de normas contables que exigen a las empresas que cotizan en bolsa en EE. UU. llevar una contabilidad que refleje precisa e imparcialmente sus transacciones y disposiciones de activos<sup>737</sup>.

Estas normas contables tienen por objeto impedir el uso de activos sociales para propósitos corruptos. Como la FCPA no limita estas reglas exclusivamente en relación con el soborno de funcionarios públicos extranjeros, no hay impedimento para utilizarlas en la persecución del soborno comercial<sup>738</sup>. Es decir, se aplican independientemente de que la violación de contabilidad se refiera a un soborno a un funcionario público o a una persona privada<sup>739</sup>. Tal posibilidad se reconoce expresamente en la propia *FCPA Guide*<sup>740</sup>.

Por ello, las disposiciones contables de la FCPA pueden servir como vehículo para sancionar a las empresas por los actos de soborno comercial, si tienen como resultado el mantenimiento de libros y registros inexactos o de otro modo socavan el sistema de controles internos de la empresa<sup>741</sup>.

---

<http://www.fcpablog.com/blog/2015/5/27/feds-bust-fifa-for-racketeering-and-corruption-fourteen-arre.html>; consulta agosto 2015).

<sup>737</sup> 15 U.S.C. § 78m (2006) (*Periodical and other reports*). Sobre las mismas, WESTBROOK, A., «Enthusiastic enforcement, informal legislation: the unruly expansion of the Foreign Corrupt Practices Act», *Georgia Law Review*, vol. 45, nº 2, 2011, págs. 489 a 577, esp. págs. 507 a 510.

<sup>738</sup> Con más detalle, véase RUPP, J. P. y FINK, D., «Foreign commercial bribery...», ob. cit., págs. 2 y 3. En igual sentido, HOWARD, D. M., KRAUSE, C. A. y GIBSON, W., «Private comercial...», ob. cit.; BOGOSLAW, D., «Expanding FCPA violations to include commercial bribery», *Corporate Secretary*, 5 de febrero de 2014 (disponible en <http://www.corporatesecretary.com/articles/corruption-internal-investigations/12656/expanding-fcpa-violations-include-commercial-bribery/>; consulta mayo 2015); y «Commercial Bribery and the FCPA: SEC Charges Goodyear Tire & Rubber Co. with Books and Records Violations», *Sidley News & Insights*, 25 de febrero de 2015 (disponible en <http://www.sidley.com/news/02-25-2015-white-collar-update>, consulta mayo 2015).

<sup>739</sup> ROGERS, H. L. y CRISHAM, E., «In FCPA Compliance...», ob. cit.

<sup>740</sup> FCPA. *A Resource Guide...*, ob. cit., pág. 21.

<sup>741</sup> BRACKETT, A. y BONISTALLI, R., «SEC comments bring commercial bribery clearly into FCPA scope», *The FCPA Blog*, 6 de enero de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/1/6/sec-comments-bring-commercial-bribery-clearly-into-fcpa-cop.html#>; consulta enero de 2014).

Un supuesto reciente de aplicación de estas normas contables es el acuerdo alcanzado entre la *SEC* y *Goodyear Tire & Rubber Co.*<sup>742</sup>, en virtud del cual *Goodyear* debe pagar más de 16 millones de dólares, por violación de las normas contables de la *FCPA*, a causa de hechos constitutivos de soborno comercial y de funcionarios en Kenia y Angola. En concreto, las cantidades pagadas en sobornos (1,5 millones de dólares, en Kenia; y 1,6 millones de dólares, en Angola) se registraron contablemente como gastos de promoción o como un aumento del precio de los neumáticos por gastos adicionales.

Este caso ha tenido importante repercusión pública<sup>743</sup>, por lo que supone de aplicación práctica de la *FCPA* (al menos, sus normas contables) al soborno comercial. Con el aspecto añadido de que no hay de manera simultánea un ejercicio de una acción penal por un posible soborno, sino que las normas contables se aplican de manera exclusiva. De este supuesto cabe extraer las siguientes consecuencias<sup>744</sup>:

1) Para que tengan efectos las normas contables no es preciso demostrar un pago a un funcionario público extranjero, sino que es suficiente con que cualquier transacción se registre contablemente de manera inadecuada.

2) El soborno comercial puede vulnerar las disposiciones contables de la misma forma que los sobornos pagados a funcionarios públicos, porque ambos son susceptibles de ser registrados inadecuadamente en la contabilidad (por ejemplo como gastos de promoción «legítimos» o pago de comisiones «apropiadas»).

3) Las disposiciones contables de la *FCPA* tienen un ámbito de aplicación más amplio que las normas contra la corrupción, de manera que en

---

<sup>742</sup> *In the Matter of The Goodyear Tire & Rubber Company*, SEC Release nº 74356 (Feb. 24, 2015); disponible en <http://www.sec.gov/litigation/admin/2015/34-74356.pdf>, consulta mayo de 2015. Este acuerdo no supone la imposición de sanciones penales, ya que la *SEC* carece de capacidad para ello, pero tiene relevancia en la medida en que pone de manifiesto el interés del regulador en la persecución del soborno comercial.

<sup>743</sup> Con más detalle, véase CASSIN, R. L., «SEC: Goodyear pays \$16 million to settle Africa bribe charges», *The FCPA Blog*, 24 de febrero de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/2/24/sec-goodyear-pays-16-million-to-settle-africa-bribe-charges.html>; consulta mayo 2015); TYRRELL, S. y SAFWAT, A., «M&A FCPA Advisory Following SEC's Enforcement Action Against Goodyear», *Global Private Equity Update*, 27 de febrero de 2015 (disponible en <http://privateequity.weil.com/insights/ma-fcpa-advisory-following-secs-enforcement-action-against-goodyear>; consulta mayo 2015); CUNNINGHAM, J. P. y MARTIN, G., «SEC Sets Sights On Commercial Bribery», *Law360*, 16 de marzo de 2015 (disponible en <http://www.law360.com/articles/630931/sec-sets-sights-on-commercial-bribery>; consulta mayo 2015).

<sup>744</sup> CUNNINGHAM, J. P. y MARTIN, G., «SEC Sets Sights On...», ob. cit.

los supuestos en que los elementos del soborno sean difíciles de probar, previsiblemente no ocurrirá lo mismo con una violación de las disposiciones contables.

4) Esta aplicación de las disposiciones contables, para abordar el soborno comercial, es una interpretación de la *FCPA* en consonancia con las leyes anticorrupción de otros países, que prohíben expresamente el soborno comercial.

### 3. La *RICO Act*

Cabe señalar también que la existencia de diversas vulneraciones de la *Travel Act* o de las normas sobre el fraude postal puede dar lugar a la aplicación de la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)*<sup>745</sup>. Se trata de una norma para combatir el crimen organizado en el comercio interestatal y extranjero<sup>746</sup>. Se promulgó para hacer frente a la «infiltración de la corrupción sistemática en los negocios lícitos» y es una de las principales normas contra el crimen organizado<sup>747</sup>.

La persecución del soborno comercial a través de la *RICO Act* es factible, siempre que se trate de un soborno cometido en el marco de «una actividad de crimen organizado» (tal y como la define la norma) y además cumpla dos condiciones: i) que esté castigado por una ley estatal como delito; y ii) que la pena prevista sea superior a un año de prisión.

### 4. Normas sectoriales

Por otra parte, existen normas federales que castigan el soborno en ámbitos específicos de actividad como son la actividad bancaria<sup>748</sup>, los eventos deportivos<sup>749</sup>, los planes de pensiones<sup>750</sup>, las bebidas alcohólicas<sup>751</sup>, los sindicatos<sup>752</sup> y los ferrocarriles<sup>753</sup>.

---

<sup>745</sup> 18 USC Chapter 96.

<sup>746</sup> Con más detalle, BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 140 y 141.

<sup>747</sup> LYNCH, G. E., «RICO: The Crime of Being a Criminal. Parts I & II», *Columbia Law Review*, vol. 87, nº 4, mayo, 1987, págs. 661 a 774, esp. pág. 666. Este artículo se completa en LYNCH, G. E., «RICO: The Crime of Being a Criminal. Parts III & IV», *Columbia Law Review*, vol. 87, nº 5, junio, 1987, págs. 920 a 984.

<sup>748</sup> 18 USC § 212 (*Offer of loan or gratuity to financial institution examiner*); y 18 USC § 213 (*Acceptance of loan or gratuity by financial institution examiner*).

<sup>749</sup> 18 USC § 224 - *Bribery in sporting contests*.

<sup>750</sup> 18 USC § 1954 - *Offer, acceptance, or solicitation to influence operations of employee benefit plan*.

<sup>751</sup> 27 U.S.C. § 205.

<sup>752</sup> 29 USC § 186 - *Restrictions on financial transactions*.

#### 4. EL MODEL PENAL CODE

Finalmente, a nivel de legislación federal, cabe añadir que el *Model Penal Code*<sup>754</sup> propone una regulación genérica del soborno comercial<sup>755</sup>. La misma se basa en la solicitud, aceptación o entrega de un beneficio, como contraprestación por violar, a sabiendas, el deber de fidelidad al que está sujeta una persona respecto de otra (socio, agente, empleado, fiduciario, abogado, médico, contable, tasador y otras figuras que se recogen en la propuesta)<sup>756</sup>.

### III. LA PERSECUCIÓN DEL SOBORNO COMERCIAL A NIVEL ESTATAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

Son diversos los Estados de EE. UU. que cuentan con legislación contra el soborno comercial. Las legislaciones estatales surgieron paulatinamente desde mediados del siglo XIX. Concretamente, fue Mississippi el primer Estado en aprobar una ley de soborno comercial general, en 1857; Rhode Island, lo hizo en 1881; Massachusetts y Vermont, en 1904; y Connecticut, Michigan, Nueva

---

<sup>753</sup> 49 USC 11907 - *Punishment of corporation for violations committed by certain individuals*.

<sup>754</sup> En EE. UU. cada Estado tiene sus normas penales y no hay una legislación penal unificada para todo el país. El *Model Penal Code* es una propuesta de unificación, que fue elaborada por *The American Law Institute* y publicada en 1962. Sin perjuicio de que no pasó de ser un modelo y que no ha llegado a tener vigencia alguna, muchos de los Estados se han basado en él para elaborar normas penales posteriores al mismo. Su contenido se puede consultar en <http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html>.

<sup>755</sup> Literalmente, dice:

«§ 224.8 - Commercial Bribery and Breach of Duty to Act Disinterestedly.

(1) A person commits a misdemeanor if he solicits, accepts or agrees to accept any benefit as consideration for knowingly violating or agreeing to violate a duty of fidelity to which he is subject as:

- (a) partner, agent, or employee of another;
- (b) trustee, guardian, or other fiduciary;
- (c) lawyer, physician, accountant, appraiser, or other professional adviser or informant;
- (d) officer, director, manager or other participant in the direction of the affairs of an incorporated or unincorporated association; or
- (e) arbitrator or other purportedly disinterested adjudicator or referee.

(2) A person who holds himself out to the public as being engaged in the business of making disinterested selection, appraisal, or criticism of commodities or services commits a misdemeanor if he solicits, accepts or agrees to accept any benefit to influence his selection, appraisal or criticism.

(3) A person commits a misdemeanor if he confers, or offers or agrees to confer, any benefit the acceptance of which would be criminal under this Section».

<sup>756</sup> Sobre la proposición del *Model Penal Code*, véase POLLOCK, J. M., *Criminal Law*, 10ª edición, Anderson Publishing, 2013, pág. 338.



York, Carolina del Sur y Wisconsin criminalizaron el soborno comercial en 1905<sup>757</sup>.

En este caso, el tratamiento de la cuestión es dispar, tanto en lo referente a la definición de la infracción, como su gravedad y el ámbito de los hechos.

## 2. DEFINICIÓN DE LA INFRACCIÓN

En cuanto al primer aspecto citado, las normas estatales sobre el soborno comercial se basan, fundamentalmente, en la vulneración de un deber de fidelidad o lealtad hacia el empleador.

Algunas normas estatales hablan de que el delito se comete por un fiduciario (Texas) o usan el término «persona de confianza» como un «cajón de sastre»<sup>758</sup> para los agentes, empleados u otros (Washington). También el soborno comercial puede implicar la violación por parte de un empleado o un agente de un deber de lealtad hacia el empleador o el principal (Illinois). En este aspecto, si se considera que la actividad corrupta debe ser contraria a los intereses de empleador y debe lesionar al mismo de alguna manera, puede dar lugar a consecuencias no deseadas: los sobornos comerciales que redundan en beneficio del empleador pueden, en algunos casos, ser permitidos<sup>759</sup>.

Precisamente, la definición de la conducta ha sido objeto de discusión en los tribunales por su vaguedad. Es el caso de la norma aplicable en Colorado, que fue objeto de interpretación en *United States v. Gaudreau*<sup>760</sup>.

En Colorado, la legislación aplicable<sup>761</sup> define el soborno comercial como la solicitud, aceptación o promesa de aceptar algún beneficio como

---

<sup>757</sup> Sobre el origen y la evolución legislativa en la materia, véase BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 127 a 129.

<sup>758</sup> Mc INERNEY, T. F., «The regulation...», ob. cit., pág. 105.

<sup>759</sup> Mc INERNEY, T. F., «The regulation...», ob. cit., pág. 105.

<sup>760</sup> 860 F.2d 357 (10th Cir. 1988). Disponible en <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/860/860.F2d.357.87-2432.87-2428.html>; consulta marzo de 2014.

<sup>761</sup> *Colo Rev Stat* § 18-5-401 (1), que literalmente dice:

«18-5-401. Commercial bribery and breach of duty to act disinterestedly.

(1) A person commits a class 6 felony if he solicits, accepts, or agrees to accept any benefit as consideration for knowingly violating or agreeing to violate a duty of fidelity to which he is subject as:

(a) Agent or employee; or

(b) Trustee, guardian, or other fiduciary; or

(c) Lawyer, physician, accountant, appraiser, or other professional adviser; or

(d) Officer, director, partner, manager, or other participant in the direction of the affairs of an incorporated or unincorporated association; or

contraprestación por la violación, a sabiendas, de un deber de fidelidad al que se está sujeto como agente o empleado. Los acusados argumentaban que la prohibición de la ley estatal de una «violación, a sabiendas, de un deber de fidelidad» era inconstitucionalmente vaga y, por lo tanto, no podía constituir la base de una acusación. Esta pretensión fue denegada, considerando el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito que la legislación de Colorado requiere una prueba de que el acusado aceptó un «beneficio como contraprestación» por violar su deber de fidelidad; esto es, la ley prohíbe el soborno, que es un concepto bien entendido por una persona común y corriente. En tal sentido, añadió que aunque un empleado o directivo de la empresa pueden no saber exactamente los límites exteriores de su deber de lealtad, cuando aceptan dinero o bienes para poner en peligro los intereses de su mandante deben saber que están violando la ley.

En consecuencia, entendió que la ley sobre el soborno comercial de Colorado ofrece estándares objetivos, suficientemente claros para satisfacer el debido proceso. En primer lugar, el deber de lealtad debida por un agente a su comitente, y, en particular, el deber de lealtad debida por un empleado a su empresa, se define de manera objetiva en el *common law* y claramente prohíbe aceptar sobornos para poner en peligro los intereses del empresario. En segundo lugar, la norma de Colorado requiere que la acusación demuestre que el acusado aceptó un «beneficio como contraprestación» por el incumplimiento de su deber.

En la mayoría de los Estados con normas sobre la materia, se castiga tanto la solicitud de un soborno por un empleado, como la oferta del soborno al empleado. Pero algunos Estados (Florida) penalizan sólo la conducta del oferente, en lugar de la del destinatario de la oferta; en tales casos, el empleado que recibe el soborno puede escapar al castigo, mientras que el oferente estará sujeto a un proceso penal<sup>762</sup>.

### 3. GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN

Respecto a la gravedad de la infracción, en algunos Estados los hechos constituyen *misdemeanor* (por ejemplo, Alabama o Arkansas)<sup>763</sup>; mientras que en otros se considera *felony* (por ejemplo, Alaska o Connecticut)<sup>764</sup>. En una

---

(e) Duly elected or appointed representative or trustee of a labor organization or employee welfare trust fund; or

(f) Arbitrator or other purportedly disinterested adjudicator or referee».

<sup>762</sup> Mc INERNEY, T. F., «The regulation...», ob. cit., pág. 105.

<sup>763</sup> Con más detalle, BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 131, nota 74.

<sup>764</sup> Con más detalle, BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 130, nota 67.

tercera vía, hay Estados (Arizona o California), que lo consideran de una u otra manera, dependiendo del importe del soborno<sup>765</sup>.

Ello supone que las penas aplicables también sean dispares: pueden ir desde la pena de multa, recogida en numerosas leyes estatales, hasta prisión con un límite de 20 años, que se prevé en Rhode Island<sup>766</sup>.

Esta disparidad de trato ha sido criticada por la doctrina, que considera que sería deseable, para reforzar la lucha contra el soborno comercial, que todos los Estados consideraran esta conducta como *felony*<sup>767</sup>, para otorgar una respuesta adecuada a la gravedad de sus efectos, establecer una normativa uniforme entre los Estados y permitir, por otra parte, la aplicación general de la *RICO Act*<sup>768</sup>.

#### 4. ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN

Por otra parte, aunque la mayoría de los Estados tienen disposiciones que se pueden utilizar para perseguir el soborno comercial, hay dos modelos básicos de incriminación: el primero, que es el menos común, se aplica a la corrupción que ocurre en prácticamente cualquier contexto comercial; el segundo, que es un enfoque más extendido, contempla el soborno comercial en campos específicos de actividad, como empresas de transporte, compañías de telégrafos, empleados bancarios o participantes en eventos deportivos<sup>769</sup>. En efecto, algunos Estados regulan el soborno comercial con carácter genérico en el ámbito comercial (California, Minnesota, Nebraska o Texas); y otros lo recogen, exclusivamente, respecto a determinados campos, como deportes (Georgia), sectores bancarios (Oklahoma) o bebidas alcohólicas (New México).

#### 5. ESTADOS CON LEYES SOBRE EL SOBORNO COMERCIAL

Hasta el momento presente, cuentan con legislación al efecto, los siguientes Estados<sup>770</sup>:

---

<sup>765</sup> Con más detalle, BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 130, nota 70.

<sup>766</sup> La levedad de las sanciones en algunos Estados ha sido muy criticada (en palabras del congresista Norman F. Lent, en algunos casos la pena por un soborno comercial es «no más que por escupir en el suelo»; véase *120 Cong. Rec. 34, 840 -1974-*).

<sup>767</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 160 a 162.

<sup>768</sup> Como ya hemos indicado, la *Rico Act* se aplica a delitos de determinada entidad exclusivamente.

<sup>769</sup> Con más detalle, GREEN, S. P., «Official and commercial bribery...», ob. cit., pág. 45.

<sup>770</sup> Cfr. CLARK, S., «New solutions...», ob. cit., pág. 2305, nota 132; ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments...», ob. cit., págs. 165 a 193; Mc INERNEY, T. F., «The regulation...», ob. cit., pág. 104, nota 137; BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 173 y 174.

- Alabama: Ala Code Ann § 13A-11-120 y § 13A-11-121.
- Alaska: Alaska Stat. Ann § 11.46.670 y § 11.46.660.
- Arizona: Ariz Rev Stat Ann § 13-2605.
- Arkansas: Ark Code Ann § 4-75-208.
- California: Cal Penal Code § 641.3.
- Colorado: Colo Rev Stat § 18-5-401.
- Connecticut: Conn Gen Stat § 53a-160 y § 53a-161.
- Delaware: Del Code Ann § 881.
- Florida: Fla Stat § 838.16.
- Georgia: Ga Code Ann § 16-12-33.
- Hawaii: Hawaii Rev Stat § 708-880.
- Illinois: Ill Rev Stat ch 720, § 5/29A.
- Iowa: Iowa Code § 722.10.
- Kansas: Kan Stat Ann § 21-6506.
- Kentucky: Ky Rev Ann Stat § 518.020 y § 518.030.
- Louisiana: La Rev Stat Ann § 14:73.
- Maine: Me Rev Stat Ann § 904.
- Massachusetts: Mass Gen Laws Ann ch 271, § 39 (a).
- Michigan: Mich Comp Laws § 750.125.
- Minnesota: Minn Stat § 609.86.
- Mississippi: Miss Code § 97-9-10.
- Missouri: Mo Rev Stat § 570.150.
- Nebraska: Neb Rev Stat § 28-613.
- Nevada: Nev Rev Stat § 207.295.
- New Hampshire: NH Rev Stat Ann § 638:7.
- New Jersey: NJ Rev Stat § 2C:21-10.
- New México: NM Stat Ann § 60-8A-1.
- New York: NY Penal Law § 180 et seq<sup>771</sup>.
- North Carolina: NC Gen Stat § 14-353.
- North Dakota: ND Cent Code § 12.1-12-08.
- Oklahoma: 21 Okla Stat § 380.1.
- Oregon: Or Rev Stat § 165.085.
- Pennsylvania: 18 Pa Cons Stat Ann § 4108.
- Rhode Island: RI Gen Laws § 11-7-3, § 11-7-4 y § 11-7-5.
- South Carolina: SC Code Ann § 16-17-540.
- South Dakota: SD Cod Laws § 22-43-1 y § 22-43-2.
- Texas: Tex Penal Code Ann § 32.43.

---

<sup>771</sup> Sobre la regulación en New York y su aplicación por los tribunales, véase WOODS, J. P., «Civil Forfeiture as a Remedy for Corruption in Public and Private Contracting in New York», *Albany Law Review*, vol. 75, 2012, págs. 931 a 961, esp. págs. 934 a 941.

- Utah: Utah Code Ann § 76-6-508.
- Vermont: 13 Vt Stat Ann § 1108.
- Virginia: Va Code § 18.2-444.
- Washington: Wash Rev Code § 9A.68.060.
- Wisconsin: Wis Stat § 134.05.
- Wyoming: Wyo Stat § 6-3-609.

#### **IV. VALORACIÓN DEL GRECO**

El panorama normativo por medio del cual se puede perseguir el delito de corrupción privada en EE. UU., descrito hasta ahora<sup>772</sup>, ha sido objeto de valoración por el GRECO, en dos informes:

1) Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 53ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 5 a 9 de diciembre de 2011).

2) Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 63ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 24 a 28 de marzo de 2014).

##### **1. INFORME DEL GRECO -53ª REUNIÓN PLENARIA-**

El Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 53ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 5 a 9 de diciembre de 2011)<sup>773</sup>, señala como puntos críticos los siguientes:

1) Que en 12 Estados no existe legislación sobre el soborno comercial.

2) Que la aplicación de la *Travel Act* exige la existencia de dicha legislación estatal, por lo que en defecto de la misma, se aplican las normas sobre el fraude postal o de las redes de telecomunicaciones. Pero esta regulación impone la presencia del elemento específico del uso previo de los servicios postales, redes de telecomunicaciones, radio y televisión o internet en la comisión del hecho. En consecuencia, habrá supuestos de soborno no perseguibles, como la entrega en mano de dinero o cuando el beneficio consiste en la ejecución de un servicio.

---

<sup>772</sup> Que según algunos autores no es suficiente para luchar contra el soborno comercial y es inadecuado para proteger a las empresas y al público; BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 122 y 123.

<sup>773</sup> Disponible, en inglés, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3\(2011\)2\\_USA\\_One\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECOEval3(2011)2_USA_One_EN.pdf); consulta octubre de 2013.

Por ello, concluye que las autoridades estadounidenses no han demostrado el cumplimiento total de los artículos 7 y 8 del Convenio.

## **2. INFORME DEL GRECO -63ª REUNIÓN PLENARIA-**

El Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 63ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 24 a 28 de marzo de 2014)<sup>774</sup>, reitera, en esencia, las consideraciones y la conclusión del informe anterior. Concretamente, indica:

«26. GRECO observa, por un lado, que la situación legal sigue siendo la misma actualmente que en el momento de la adopción del informe de evaluación; es decir, no existe ninguna disposición legal específica, en el ámbito federal, en relación con el soborno en el sector privado, que pueda ser evaluada conforme a los requisitos de los artículos 7 y 8 del Convenio penal. Por otro lado, los Estados Unidos han indicado varios casos que indican que el soborno en el sector privado es objeto de acciones judiciales federales, a través del uso de una combinación de diversas disposiciones. Parece que las normas básicas utilizadas para este fin son la *Travel Act* (18 U.S.C. § 1952) y *honest services fraud*<sup>775</sup> (18 U.S.C. § 1.346), que tienen un amplio alcance y se pueden utilizar en los procesos que afectan al soborno en el sector privado. GRECO reconoce que la *Travel Act*, que sólo se puede aplicar a este respecto en combinación con la legislación estatal que penaliza el soborno en el sector privado, tiene una cobertura más amplia ahora que en el momento de la adopción del informe de evaluación, dado que el soborno en el sector privado en la actualidad es un delito en 40 de los 50 Estados, lo que supone un ligero aumento desde la aprobación del Informe de Evaluación. GRECO observa, sin embargo, que todavía puede haber situaciones en las que la *Travel Act* no puede ser aplicada, y en las que los Estados Unidos pueden tener que utilizar otros medios, tales como las normas sobre el fraude postal y de telecomunicaciones (18 U.S.C. §§ 1341, 1343 y 1346), con el fin de perseguir los casos de corrupción como casos de fraude. Un análisis detallado con respecto a cada elemento contenido en los artículos 7 y 8 del Convenio penal se proporciona en el informe de evaluación (párrafos 72 a 79 y 155-157). Lo que ahora se ha presentado, en relación con el fraude postal y de telecomunicaciones agrega alguna

---

<sup>774</sup> Disponible, en inglés, en [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3\(2014\)6\\_USA\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/round3/GRECORC3(2014)6_USA_EN.pdf); consulta mayo de 2015.

<sup>775</sup> Sobre esta expresión, véase lo indicado en este mismo capítulo acerca de las normas sobre el fraude postal y de telecomunicaciones.

información; sin embargo, el *GRECO* recuerda que la aplicación de *honest services fraud* sólo es posible cuando se utiliza el correo de Estados Unidos o las redes de un Estado a otro en ejecución del delito. Incluso si esta noción se interpreta en sentido amplio, supone una cierta limitación para la comisión de este delito.

27. En resumen, *GRECO* considera que las autoridades de Estados Unidos han demostrado que, en la práctica, es posible perseguir el soborno en el sector privado a través de una combinación de la *Travel Act* y disposiciones estatales, incluso a una escala más amplia que la que se indica en el Informe de Evaluación. Cuando esto no es posible, las disposiciones federales sobre el fraude se pueden aplicar también. Dicho esto, estas disposiciones complementarias sobre el fraude, tal como se aplican en la práctica, no cumplen totalmente con los artículos 7 y 8 del Convenio penal, debido a los requisitos adicionales para demostrar la existencia de un viaje entre Estados o de las redes o el correo».

**PARTE III. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE  
PARTICULARES EN ESPAÑA**





## CAPÍTULO SEXTO. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

### I. INTRODUCCIÓN

La incorporación a nuestro ordenamiento del delito de corrupción privada se produjo mediante la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. La misma modificó, entre otros extremos, la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal. Tal Sección pasó a denominarse «De la corrupción entre particulares» y quedó encuadrada en el Capítulo que llevaba por título «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores».

La ubicación sistemática en el citado Capítulo XI se consideró adecuada por la doctrina<sup>776</sup>; pero también se puso de manifiesto que, sin embargo, no se explicaba por qué el delito no había sido incluido en la Sección 3ª del Capítulo, junto con los delitos relativos al mercado y a los consumidores, dado que las prácticas, a las que el tipo penal se refería, repercutían básicamente en los precios de las mercancías y los servicios<sup>777</sup>.

La Sección 4ª constaba de un solo artículo, el artículo 286 bis, que tenía el siguiente tenor:

«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja,

---

<sup>776</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 581.

<sup>777</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 156.

incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales».

El delito de corrupción privada ha sido objeto de reforma por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De tal modo que se modifica la rúbrica de la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «Delitos de corrupción en los negocios» y que comprende los artículos 286 bis a 286 quáter.

En consecuencia, el art. 286 bis CP sigue recogiendo el delito de corrupción privada, pero con la siguiente redacción:

«1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de

cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297».

A continuación, abordaremos el estudio de los elementos del delito citado, comenzando en este capítulo por el bien jurídico protegido.

## **II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

En la actualidad, puede afirmarse que la teoría del bien jurídico, como legitimación material del Derecho penal y como sistema limitador del legislador

para impedirle legislar de forma irracional (teoría liberal del bien jurídico), se encuentra en una profunda crisis<sup>778</sup>. Se discute si el bien jurídico es un pre-concepto que el legislador protege mediante la norma penal, porque lo considera necesario, o si, por el contrario, es el propio legislador el que «crea» dicho bien, al dictar la norma penal. En el primer caso, el legislador estaría limitado por los bienes que ya pre-existen y, en el segundo, no tendría tal limitación, en la medida en que él mismo los generaría mediante la norma penal<sup>779</sup>. En todo caso, la determinación de cuál sea el bien jurídico protegido por el delito tiene su importancia, en cuanto elemento de interpretación de su alcance y finalidad.

En relación con el delito de corrupción entre particulares existen diversos aspectos que hacen que la discusión sobre cuál es el bien jurídico protegido sea intensa en la doctrina, hasta el punto de que se considera que la problemática relativa a la delimitación del objeto de tutela sigue siendo la más compleja de cuantas se presentan en la interpretación de este tipo delictivo<sup>780</sup>.

Ello se debe a diversos factores, como son los siguientes: i) el hecho de que el propio legislador definiera el bien jurídico del delito en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; ii) la redacción del tipo a causa de la citada Ley Orgánica, que no parecía expresar que el bien jurídico fuera el que el legislador consideraba como tal -circunstancia que dio lugar a un extenso debate doctrinal-; y iii) la nueva redacción del tipo penal por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que incide en alguno de los elementos que se consideraban vinculados con el objeto de protección penal.

## 2. EL PREÁMBULO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO

El Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, indicó que, mediante este delito, el legislador pretendía proteger la «competencia justa y

---

<sup>778</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 259.

<sup>779</sup> Sobre esta cuestión, véase BACIGALUPO, E., «Concepto de bien jurídico y límites del Derecho Penal», en *Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo I*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 165 a 177, *passim*; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 259 a 261; ROXIN, C., «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen» (traducción de Manuel Cancio Meliá), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15-01, 2013 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>, consulta mayo 2015); y HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto» (traducción de Eduardo Salazar Ortuño), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 04-14, 2002 (disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf), consulta junio de 2015).

<sup>780</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 10 y 11.

honesta» y «las reglas de buen funcionamiento del mercado». Concretamente, decía:

«Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes».

Con ello parecería que se adoptaba en nuestro ordenamiento el modelo de incriminación basado en la protección de la competencia leal. En un sentido similar, la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, señala en su consideración 9 que:

«Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido».

Las afirmaciones eran tajantes en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, al referirse a la protección de la competencia justa y honesta y las reglas de buen funcionamiento del mercado.

La mención legal a la competencia que además fuera «justa» y «honesta»<sup>781</sup> fue objeto de críticas. Se calificó esta expresión de «anglicista y

---

<sup>781</sup> Más acertadamente, debería decir «honrada»; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 226.

moralista»<sup>782</sup>. A lo que se añadió que no se podía alcanzar su sentido, por lo que «no se puede sacralizar bajo pena algo que no existe, porque seguramente no puede existir: ni todos los sujetos concurren en el mercado en igualdad de condiciones (los consumidores, desde luego, no) ni todos los sujetos participan de los mismos apoyos institucionales»<sup>783</sup>.

Parecía más adecuado que la competencia se contemplara en términos de «buena fe objetiva»<sup>784</sup> y los términos elegidos por legislador debían ser interpretados de tal manera; pues lo contrario supondría la vuelta a un sistema, ya superado, de delimitación de la leal competencia por referencia a las normas de corrección y buenos usos mercantiles<sup>785</sup>.

### **3. LA REDACCIÓN DEL ART. 286 BIS CP POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO**

La consideración legal de la competencia como objeto de protección no tuvo reflejo expreso en el propio tipo penal, tal y como quedó redactado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ya que en él no se hacía mención a la competencia, ni a la necesidad de que se produjera una lesión o puesta en peligro de la misma<sup>786</sup>.

Este silencio del tipo, sin embargo, no impedía considerar que estuviéramos ante un delito que ataca la competencia. Ello se deducía de la inclusión en el mismo de elementos que lo dotaban de una dimensión concurrencial, como eran: i) que la conducta se circunscribiera al ámbito de la «adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»; ii) que, en la corrupción activa, el soborno se ofreciera o entregara a otra persona «para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros»; y iii) que, en la corrupción pasiva, el soborno se solicitara o recibiera «con el fin de favorecer frente a terceros»<sup>787</sup>.

---

<sup>782</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 625; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Reflexiones marginales sobre la corrupción», en *La corrupción en la gestión política*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 8/2013, pág. 4.

<sup>783</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 625.

<sup>784</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 166.

<sup>785</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 8, nota 20.

<sup>786</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción entre particulares», *Pérez-Llorca. Newsletter. Enero-Marzo 2011*, págs. 14 a 24, esp. pág. 19.

<sup>787</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 16; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 354; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1109 y ss., esp. pág. 1111.

Es decir, el art. 286 bis CP (en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) reclamaba que el soborno fuera concedido para que el agente favoreciera al otorgante o a un tercero «frente a otros», con lo cual se exigía la concurrencia de una situación de competencia real donde el soborno era utilizado para desplazar y, por tanto, dañar los intereses de otro competidor<sup>788</sup>.

Siendo ello así, no cabía negar que la conclusión de que la competencia era el bien jurídico protegido, que parecía desprenderse del Preámbulo de la reforma de 2010 y de la interpretación del tipo, aparecía desdibujada por tres razones. Eran las siguientes:

1) La primera era que en el caso de la corrupción pasiva no se contemplara la posibilidad de que el delito lo cometiera el propio empresario. La exclusión del empresario tiene sentido en un modelo basado en el incumplimiento de obligaciones o deberes de lealtad, pero carece de razón si el modelo adoptado es el de la protección de la competencia.

2) La segunda es que el tipo exigiera, como uno de los elementos de la conducta, que el sujeto actuara «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». Si esta expresión se interpretaba en el sentido de incumplimiento de obligaciones profesionales, entonces estaríamos ante un elemento propio del modelo que protege la lealtad en el ámbito de las relaciones entre subordinado y principal.

3) La tercera se relacionaba con la redacción del tipo privilegiado del artículo 286 bis.3 CP, que se centraba (y se centra) en la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja y en la entidad de las funciones que desempeña el autor; sin efectuar mención alguna al impacto de los hechos sobre la competencia (que en caso de ser de escasa entidad podría haber sido un fundamento de la aplicación del precepto).

#### **4. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE EL BIEN JURÍDICO**

Todos los aspectos indicados hasta el momento han dado lugar a un debate doctrinal sobre el objeto de protección de este delito. Para un amplio sector doctrinal es difícil determinar cuál es el bien jurídico protegido en este

---

<sup>788</sup> CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción... », ob. cit., pág. 166.



delito, así como en qué se basa la legitimidad de la intervención penal<sup>789</sup>; en el sentido de que, por más que la pretendida intención del legislador sea la tutela de la competencia y que el tipo contenga notas que traslucen ese objetivo, no resulta evidente que la regulación positiva responda a un modelo de tutela en exclusiva de los intereses de una competencia justa y no aparecen con claridad las notas de lesividad de tal interés en las conductas típicas<sup>790</sup>.

Es objeto de especial detenimiento si el delito protege o no la competencia y, en caso afirmativo, si es el único bien incluido en el tipo penal. En este ámbito, cabe afirmar que la doctrina mayoritaria entiende que la competencia leal está protegida por el tipo; pero hay mayores discrepancias al determinar si es el bien jurídico único y exclusivo o requiere el complemento de otros intereses dignos de protección.

Veamos las distintas posibilidades.

## **1. Protección de la competencia leal**

### **1.1. Líneas generales**

La posición doctrinal, que podemos considerar mayoritaria, entiende que el objeto de protección es la competencia, con carácter exclusivo o, al menos, con atención preferente o más intensa que respecto a otros intereses, que también pueden confluir con ella. La legitimidad de la protección de la competencia se fundamenta en las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida como medio para garantizar la libertad, el bienestar y la justicia en una economía de mercado<sup>791</sup>.

Pese a que en el artículo 286 bis del CP no se hace mención alguna a la protección de la competencia, se entiende que legislador ha querido proteger como bien jurídico protegido a la competencia leal y honesta, con carácter exclusivo o predominante respecto a otros bienes jurídicos. Las razones que apoyarían esta conclusión serían varias:

---

<sup>789</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 288; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 11; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 505; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 381; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 700.

<sup>790</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 429.

<sup>791</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 154 y 155.

1) La propia lectura del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, en relación con la Decisión Marco que se transpone, menciona expresamente a la «competencia justa y honesta» como bien protegido. El carácter exclusivo o predominante vendría determinado por la propia explicación que la reforma aporta, respecto a la introducción de este delito en nuestro ordenamiento y los instrumentos internacionales de los que deriva<sup>792</sup>.

2) La ubicación en el Código Penal del delito, ya que se integra dentro del capítulo sobre los delitos contra el mercado y los consumidores, incardinado, a su vez, en el título de los delitos contra el orden socioeconómico<sup>793</sup>.

En este sentido, la ubicación sistemática se justifica porque se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, que estriba en la salvaguarda de la competencia empresarial o profesional en la contratación de bienes y servicios, con la consiguiente afectación al normal funcionamiento del mercado<sup>794</sup>.

3) La redacción del tipo penal trata también de resaltar el bien jurídico, al situar los comportamientos de corrupción activa y pasiva en el propósito de obtener beneficios o ventajas no justificados para él o para un tercero frente a otros o frente a terceros, lo que constituye una inequívoca referencia a la competencia leal entre los competidores que concurren en el mercado<sup>795</sup>.

---

<sup>792</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288)» en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 247 a 251, esp. pág. 248; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 634 a 637, esp. pág. 635; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., págs. 95 y 96; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 12 y 13; OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares (Delito de)», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 3, septiembre 2012-febrero 2013, págs. 174 a 183, esp. págs. 175 y 177; BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción pública y privada en España a la luz de los delitos contra la Administración pública (Título XIX del Libro II CP español)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108, 2012, págs. 119 a 139, esp. pág. 137; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 20; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 21; GONZÁLEZ BLES, F. J., «Delito de Corrupción entre...», ob. cit.

<sup>793</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 21. NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit.; NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 109 y 110.

<sup>794</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 619.

<sup>795</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código Penal», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (Coordinador), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 137 a 160, esp. pág. 150.

4) El hecho de que el legislador pretenda tutelar la competencia leal, y no tanto los intereses del empresario, ha determinado que no se haya reformado el art. 287 CP para incluir este delito de corrupción entre los perseguibles mediante denuncia. No se requiere, por lo tanto, ningún requisito de procedibilidad, configurándose así como un delito perseguible de oficio<sup>796</sup>.

La consideración del delito como público se corresponde con la concepción legislativa de que lo que se protege son los intereses colectivos de los consumidores, en cuanto tales que se pueden ver afectados como consecuencia de las fluctuaciones artificiales y arteras de la competencia<sup>797</sup>.

5) Ambas partes en la corrupción reciben igual pena, lo que resulta absolutamente coherente con el bien jurídico tutelado, pues como partícipes en el mercado ambas tienen igual deber de comportarse lealmente<sup>798</sup>.

Estos elementos ponen de manifiesto que la intención del legislador es evitar la afectación de la libre competencia, mediante la prohibición de prácticas que implican la corrupción de las personas con capacidad de contratación en el seno de las empresas y demás entidades que operan en los mercados<sup>799</sup>.

Partiendo de la voluntad del legislador de que el delito orbite en torno a la competencia en el mercado, un amplio sector doctrinal se muestra de acuerdo con que éste sea el bien jurídico protegido.

En tal sentido, otorgando a la competencia un lugar preferente, BACIGALUPO entiende que el artículo 286 bis del Código Penal protege la libre competencia y la transparencia de la gestión. Es cierto que, al haber incluido el art. 286 bis CP en una sección especial como único tipo penal, separado de los demás, el legislador puso de manifiesto su poca claridad respecto del objeto

---

<sup>796</sup> BLANCO CORDERO, I., «La reforma de los delitos...», ob. cit.; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1111. OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>797</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 239.

<sup>798</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476.

<sup>799</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 319 y 320, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 670 y 671; ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas», *El Derecho*, 1 de mayo de 2011 (disponible en [http://www.elderecho.com/contable/corruccion-particulares-significativo-directivos-empresas\\_11\\_27193\\_0001.html](http://www.elderecho.com/contable/corruccion-particulares-significativo-directivos-empresas_11_27193_0001.html); consulta octubre de 2014); PUENTE ABA, L. M., «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 3-4/2014, págs. 82 a 104, esp. pág. 102.

jurídico de la protección<sup>800</sup>; pero ello no impide la legitimidad de la protección de la competencia, sin perjuicio de que la persecución de la corrupción empresarial tiene también raíces éticas, que son las que han sugerido a los legisladores extender a los directivos de las empresas las prohibiciones que ya existían para los funcionarios públicos en materia de cohecho<sup>801</sup>. De esta manera, la tipificación penal tiene la importancia de fortalecer la conciencia pública respecto de la desaprobación ético social de estas conductas, porque el soborno para la obtención de beneficios en el tráfico mercantil es una práctica desleal en el ámbito de la competencia en cualquier parte del mundo<sup>802</sup>. En esta línea de defensa de la competencia, este autor desecha que el tipo proteja los intereses del empresario, porque el interés del titular del patrimonio administrado está suficientemente protegido por el delito de administración desleal<sup>803</sup>.

En igual línea, MUÑOZ CONDE considera que el bien jurídico protegido es la competencia leal, sin perjuicio de que también lo sea la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa<sup>804</sup>.

Igualmente, GONZÁLEZ RUS señala que el bien jurídico protegido es la competencia leal, de manera que convertir a la competencia leal en el bien jurídico resulta determinante para la interpretación del precepto<sup>805</sup>.

Finalmente, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>806</sup> señala que estamos ante un delito contra la competencia mediante actos de corrupción, cuya lesividad se debe referir a una concepción moderna de la competencia, como interés público o institución de la economía de mercado. Añade que lo que se protege es el marco institucional del mercado, estabilizando reglas esenciales para el correcto funcionamiento concurrencial del mismo y esa protección tiene que ver con un bien jurídico colectivo en sentido estricto, desvinculado de los intereses particulares de competidores y consumidores.

---

<sup>800</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 156. Se refiere a la regulación inicial por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Añade que en esta decisión ha influido, muy probablemente, un cierto preconcepto respecto de la no relevancia penal de la libre competencia, que, como es sabido, no es vista en España como una materia digna de protección penal.

<sup>801</sup> BACIGALUPO, E., «El Derecho Penal en el ámbito de la prevención de riesgos de responsabilidad en las empresas», *La Ley*, año LXXIV, n° 204, 26 de octubre de 2010, Buenos Aires, págs. 1 a 5, esp. pág. 4.

<sup>802</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 155.

<sup>803</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 156.

<sup>804</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 492.

<sup>805</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 150.

<sup>806</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., págs. 167, nota n° 42, y 168.

## **1.2. Matizaciones sobre el bien jurídico**

Aceptando que la competencia leal es el bien jurídico protegido, algunos autores han introducido matizaciones sobre el alcance del tipo y su ámbito de protección. En el primer caso, se dice que debe ser objeto de una interpretación restrictiva y en el segundo se le atribuye un ámbito de tutela del mercado (no sólo de la competencia).

### **1.2.1. Restricción del alcance del tipo**

Existe una línea doctrinal que es partidaria de restringir el alcance del tipo, dada la amplitud y variedad con la que se describen las conductas típicas que pueden dar lugar a este delito<sup>807</sup>. Este sector doctrinal<sup>808</sup> entiende que, aun aceptando que la competencia leal constituye un bien jurídico legítimo, su menoscabo a través de comportamientos corruptos ha de ser lo suficientemente grave como para justificar el recurso a la sanción penal; es decir, la lealtad competitiva puede constituir la base suficiente para la construcción del delito de corrupción privada, y reunir, de este modo, los requisitos propios de un bien jurídico susceptible y necesitado de tutela penal, pero la relevancia del bien jurídico y la legitimación penal del mismo no equivalen a la legitimidad de la tipificación penal de cualesquiera conductas capaces de afectarlo, sino que habrá de determinarse cuál ha de ser el contenido mínimo de lesividad que conceda relevancia a estos comportamientos.

Desde esta perspectiva<sup>809</sup>, el problema de entender que en el delito de corrupción entre particulares lo que se protege es única y exclusivamente la leal competencia es que gran parte de las relaciones comerciales que se producen a diario encajarían en el tipo, porque afectan de un modo u otro a la competencia. La mera alusión a la competencia no permite una clara delimitación entre injusto penal e ilícito civil o mercantil y la afectación o vulneración de las reglas de la competencia no contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal.

En este sentido, OTERO GONZÁLEZ dice que el bien jurídico es la competencia, pero no en cualquier grado o medida en cuanto a la lesividad del comportamiento. Entiende que la justificación de la incriminación de la

---

<sup>807</sup> CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción... », ob. cit., pág. 167; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 13.

<sup>808</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 13.

<sup>809</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 5.

corrupción existente en el sector privado hay que buscarla en garantizar el respeto a la competencia equitativa y leal, como valores que son necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas<sup>810</sup>. A ello no empece que no exista un perjuicio pecuniario específico para la víctima, porque la corrupción privada perjudica al conjunto de la sociedad, al distorsionarse la disciplina del mercado; pero, precisamente, sólo cuando se aprecie una perturbación grave en el funcionamiento concurrencial del mercado podrá fundamentarse la incriminación de estas conductas<sup>811</sup>.

En sentido similar, se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para quien habrá que incorporar a la descripción típica elementos que denoten la afectación del bien jurídico competencia, concebido ante todo en su dimensión colectiva institucional, sin perjuicio de que pudiera integrar asimismo la vertiente de afectación a los intereses patrimoniales de los competidores<sup>812</sup>.

También lo considera así CORTÉS BECHIARELLI, que propugna una interpretación judicial sistemática, auténtica y restrictiva del precepto, de suerte que su aplicación se supedita a la constatación de una lesión o al menos serio compromiso para las reglas de la competencia, siendo preciso demostrar la repercusión que se produce en el funcionamiento de la misma<sup>813</sup>.

### **1.2.2. Ámbito de tutela del mercado**

#### **1.2.2.1. En general**

Algunos autores entienden que el bien jurídico competencia debe entenderse desde una perspectiva general o colectiva, de tutela del mercado en su conjunto.

A través de este delito se protegería que la competencia en la actividad económica entre proveedores de bienes y servicios no se altere por el afán de obtener beneficios ajenos al funcionamiento ordinario del mercado, por quienes tienen la capacidad de contratación<sup>814</sup>. La competencia leal se debe proteger como elemento para que los ofertantes y demandantes se encuentren en el mercado de modo libre; esto es, no condicionado por comportamientos que

---

<sup>810</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 175.

<sup>811</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>812</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 507; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 383; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 702.

<sup>813</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 229.

<sup>814</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 96; y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 13.

impiden una distribución de productos o servicios y una formación de precios ajena a actos espurios y consecuente con las capacidades de cada empresa<sup>815</sup>.

El bien jurídico protegido lo constituye el mercado y los consumidores en sentido muy amplio, esto es, la regularidad de la contratación civil y mercantil, y lo que pretende es evitar la corrupción, de manera que se proscriben toda clase de contraprestaciones ilícitas en la contratación en nombre de terceros, perjudicando a los demás proveedores (o adquirentes de bienes y servicios) de la empresa o sociedad para la que se trabaja<sup>816</sup>.

### **1.2.2.2. En un sentido restrictivo**

En un sentido más restrictivo, otros autores han centrado la protección de la competencia como mecanismo de tutela de determinados intereses presentes en el mercado, que pueden ser diversos.

En algunos casos, se ha concretado el objeto de tutela en los intereses de las empresas competidoras que, por no participar en la actividad corrupta, se quedan apartadas en el marco de la contratación<sup>817</sup>; es decir, no se protege el patrimonio de las empresas competidoras, sino las expectativas de tales empresas, que se ponen en peligro al conformarse, merced al beneficio o promesa, una voluntad viciada en la persona encargada de decidir acerca de las diferentes ofertas<sup>818</sup>. Al mediar un soborno se frustran injusta y anticipadamente las legítimas expectativas de los competidores, quienes confiaban en que se respetarían las reglas preestablecidas, reglas cuyo conocimiento probablemente les motivó a competir; de tal modo que la finalidad del delito es garantizar la confianza de los competidores -que no prevén valerse de sobornos- en que las bases o reglas que conocieron al momento que decidieron competir serán respetadas, lo que implica garantizar efectivamente la competencia como un verdadero interés o bien jurídico supraindividual<sup>819</sup>.

En otros casos, algunos autores apuntan que el bien jurídico protegido primario es la competencia leal y honesta pero se pretende tutelar, en último término, a los consumidores: los actos descritos en el tipo pueden suponer que las relaciones comerciales no se basen en la calidad y precio de los productos,

---

<sup>815</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Corrupción en el sector...», ob. cit., pág. 174.

<sup>816</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., págs. 4 y 5.

<sup>817</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 22.

<sup>818</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 148 y 149.

<sup>819</sup> ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación...», ob. cit., págs. 109 y 110; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17.

sino en la cuantía del beneficio injustificado o comisión, lo que en último término, va a afectar a los consumidores, puesto que tendrán acceso a un producto de peor calidad y más caro que otros<sup>820</sup>.

### **1.3. Dificultades para considerar que la competencia leal es el bien jurídico protegido**

Como ya hemos apuntado, la consideración de que la competencia leal es el bien jurídico protegido por el tipo cuenta con dificultades, que son las siguientes: i) que el tipo penal no recoja la posibilidad de que el propio empresario pueda ser sujeto activo del delito de corrupción pasiva; ii) que se incluyera inicialmente, como elemento del tipo, el incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales; y iii) que el tipo privilegiado del artículo 286 bis.3 no recoja mención alguna al menor impacto de los hechos sobre la competencia.

#### **1.3.1. La exclusión del empresario**

La contradicción que implica considerar que solo pueden ser constitutivas de corrupción punible penalmente las conductas de un empleado y no las conductas corruptas del propio empresario, cuando ambas pueden ser igual de lesivas para la competencia, ha dado lugar a que se afirme que la competencia no es el único ni el principal bien protegido<sup>821</sup>. Si lo que se pretende tutelar es la libre competencia, no existe razón alguna que justifique la exclusión del titular de la empresa del círculo de sujetos activos<sup>822</sup>.

Si el tipo penal se construye sobre la base de una vulneración de la competencia leal, el empresario también puede cometer el delito, al desarrollar conductas que son contrarias a la misma: las reglas de una competencia leal pueden ser infringidas de igual forma por el titular del negocio que por su empleado, de manera tal que desde el punto de vista de la distorsión de la competencia no parece haber ninguna diferencia<sup>823</sup>.

Sobre esta cuestión, volveremos con posterioridad al tratar los sujetos del delito.

---

<sup>820</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 23.

<sup>821</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 432 y 433; PUENTE ABA, L. M., «Tutela penal del inversor...», ob. cit., pág. 101.

<sup>822</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 505; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 381; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 700.

<sup>823</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 13.



### **1.3.2. El elemento típico «incumplimiento de obligaciones»**

Por otra parte, si el modelo que se sigue es el de situar este delito entre los delitos contra la competencia, en la descripción típica surgida de la reforma de 2010 se introdujo también, como elemento, la infracción de deberes, lo que lo aproxima a otro patrón de incriminación seguido por otros ordenamientos<sup>824</sup>. Este era uno de los elementos más debatidos doctrinalmente, sobre el que trataremos al hablar de la conducta típica.

### **1.3.3. La redacción del tipo privilegiado**

Finalmente, en contra de la tesis de la protección de la lealtad competencial se opone la redacción del tipo atenuado que se recoge en el número 3 del artículo 286 bis CP, que prevé una atenuación potestativa de la pena (inferior en grado y fijación de la multa, según el prudente arbitrio del Juzgador) en casos que se consideran de menor gravedad. Pues bien, entre los criterios que se indican para efectuar esa atemperación punitiva, no se encuentra el de la entidad de la distorsión o peligro que pueda haber sufrido la competencia, sino que se alude a:

1) La trascendencia de las funciones del culpable. Apunta hacia la tutela de la fidelidad en las relaciones del dependiente con el principal, cuya afectación resultará ser tanto más grave cuanto más trascendentes sean sus competencias, por lo que se halla en directa conexión con el elemento del incumplimiento de obligaciones<sup>825</sup>.

2) La cuantía del beneficio o al valor de la ventaja. Este elemento puede apuntar hacia un componente patrimonial del delito<sup>826</sup>.

Ambos criterios de atenuación parecen apuntar en una misma dirección, al cobrar significación a partir de un referente común: los intereses del principal<sup>827</sup>.

## **2. Protección de un patrimonio**

---

<sup>824</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1098; PUENTE ABA, L. M., «Tutela penal del inversor... », ob. cit., pág. 101.

<sup>825</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 23.

<sup>826</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 23.

<sup>827</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 23.

Una segunda postura doctrinal concede al objeto de protección penal del tipo un matiz patrimonial, bien de protección del patrimonio de las empresas competidoras o bien del patrimonio de la empresa en la que desempeña sus funciones la persona que acepta el soborno.

## **2.1. El delito protege el patrimonio de las empresas competidoras**

### **2.1.1. Líneas generales**

Un sector minoritario, dentro de esta posición doctrinal referida a la protección del patrimonio, entiende que el carácter patrimonial del delito no se predica respecto a la empresa para la que presta sus servicios el sujeto corrompido, sino que aceptando que es en el seno de una empresa mercantil donde se produce el perjuicio, es más correcto entender que se produce, en realidad, en la empresa competidora, que queda apartada por no participar en la actividad corrupta<sup>828</sup>.

### **2.1.2. Dificultades para considerar que el patrimonio de las empresas competidoras es el bien jurídico protegido**

A esta concepción se opone que, si se considera que el bien jurídico inmediatamente tutelado es el interés patrimonial individual de los empresarios competidores, carece de toda lógica la exclusión del titular de la empresa del círculo de sujetos activos del delito; y que, si éste se incluyese en dicho círculo, sería difícilmente explicable que pueda llegar a cometer un ilícito penal cuando actúa al amparo del principio de la libertad de empresa y en defensa de sus propios intereses patrimoniales, sin que esté obligado a otorgar un trato igualitario a los competidores. A lo que se añade que la conducta que se describe en el art. 286 bis CP no exige *per se* un perjuicio injusto para los intereses patrimoniales de los competidores<sup>829</sup>.

## **2.2. El delito protege el patrimonio de la empresa en la que se encuadra el destinatario del soborno**

### **2.2.1. Líneas generales**

---

<sup>828</sup> NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit.; NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 110.

<sup>829</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 505 y 506; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., págs. 381 y 382; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 701.

Para la mayoría de los autores que siguen la postura de entender que este delito tiene un fundamento de tutela patrimonial, lo que es objeto de defensa es el patrimonio de la empresa en la que desempeña un cargo o función el destinatario del soborno. De tal modo que este es el bien jurídico protegido<sup>830</sup>.

Desde esta idea, se afirma que el pago de sobornos implica siempre un delito de administración desleal y que, más que crear nuevos delitos, habría que introducir una modalidad del delito de administración desleal mediante pago de sobornos y un tipo paralelo de administración desleal mediante la recepción de sobornos (de carácter atenuado con respecto al anterior)<sup>831</sup>.

La consideración de esta figura como dirigida a la protección de la competencia contrastaría con lo que hasta ahora ha sido la dirección político criminal imperante, a tenor de la cual la competencia como bien jurídico sólo resulta tutelado penalmente cuando guarda relación con la determinación de precios, que se ven alterados a través de un comportamiento especialmente disvalioso<sup>832</sup> -ésta es la lógica del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas-<sup>833</sup>.

Así, se concibe el delito como un modelo mixto en que la protección de la competencia leal está condicionada a la potencial afectación de los intereses patrimoniales de la empresa, por lo que se configura un tipo específico y *sui generis* de administración desleal, cuyos rasgos distintivos son: se aplica exclusivamente en ámbitos en que, al menos, formalmente se reconoce competencia; el medio comisivo se restringe a solicitar o aceptar un soborno; y se adelanta la barrera de punibilidad, al no exigirse para la consumación que se cause un perjuicio efectivo<sup>834</sup>.

El matiz patrimonial también está presente en consideraciones doctrinales que entienden que lo que se intenta proteger es la afectación de la competencia *ad extra* y *ad intra*, esto es: por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin

---

<sup>830</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 69.

<sup>831</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 68.

<sup>832</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 61.

<sup>833</sup> Se protegerían los mecanismos lícitos de fijación de precios, derivados de las normas del mercado, corregidos en su caso por el intervencionismo estatal, con el fin de evitar resultados perjudiciales para la libre competencia y el propio mercado; cfr., con más detalle y cita de doctrina, GÓMEZ PAVÓN, P., «Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código Penal», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo...*, ob. cit., págs. 951 a 967, esp. págs. 955 y 956.

<sup>834</sup> ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación...», ob. cit., pág. 119.

embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado<sup>835</sup>.

Desde esta segunda perspectiva, lo que se protege en el delito de corrupción privada no es la competencia en sí misma ni el buen funcionamiento del mercado, sino que la protección penal sólo opera, o debiera operar, cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia), a través de la vulneración del deber de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador<sup>836</sup>.

Esta es la posición que mantiene SILVA SÁNCHEZ, quien afirma que son de dos clases los intereses que parecen estar en la mente del legislador cuando procede a tipificar las conductas de corrupción entre particulares. Por un lado, los intereses de la empresa receptora de los bienes y servicios que, siendo de inferior calidad o de superior precio, no obstante son acogidos con preferencia a otros en virtud del incentivo recibido; contempladas desde este punto de vista, las conductas punibles pueden calificarse como «internamente desleales» -perjudican a la empresa a la que los sujetos corruptos se hallan vinculados-. Pero, por otro lado, parece que el legislador toma en consideración los intereses de las empresas o particulares que, ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preteridos a favor de aquellos que, aun ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio, sí incentivan a administradores, directivos, empleados o colaboradores de la empresa receptora; desde esta perspectiva parece que se trata de evitar comportamientos «externamente desleales» -que vicien la competencia entre unas y otras empresas-<sup>837</sup>.

Añade este autor que la perspectiva de la deslealtad interna es preferente en el caso de los sujetos que reciben el incentivo y, en consecuencia, aceptan una oferta peor; mientras que la perspectiva de la deslealtad externa es la preferente, en cambio, en el caso de los sujetos que ofrecen o entregan el incentivo y, en consecuencia, logran que su oferta sea la aceptada<sup>838</sup>; y si bien, en general, el legislador y la doctrina se han inclinado por entender que el bien jurídico protegido es, exclusivamente, la leal competencia (la lealtad externa), se

---

<sup>835</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 13.

<sup>836</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 14.

<sup>837</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Director) y PASTOR MUÑOZ, N. (Coordinadora), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, págs. 419 a 436, esp. pág. 420.

<sup>838</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 420.

hace difícil negar que en la corrupción pasiva se da una significativa dimensión de deslealtad interna<sup>839</sup>. Siguiendo esta argumentación, parece que el bien jurídico protegido sería distinto en función de la modalidad (activa o pasiva) del delito<sup>840</sup>.

### **2.2.2. Dificultades para considerar que el patrimonio del empresario es el bien jurídico protegido**

En relación con estas concepciones, según las cuales se protege, en mayor o menor medida, el patrimonio de la empresa en la que desempeña su trabajo el sujeto que se deja corromper, se formulan varios argumentos en contra, entre los que podemos destacar los siguientes: i) no se correspondería con la ubicación sistemática del tipo penal; ii) el consentimiento del empresario no supone un menor merecimiento de la pena, en relación con la conducta realizada; y iii) el hecho de que el delito sea perseguible de oficio y no a instancia de parte, mediante denuncia, constituye un indicador de que el legislador no pretende tutelar los intereses del empresario<sup>841</sup>.

Efectivamente, según esta concepción, se sostiene la existencia de dos tipos penales: el tipo de la protección de la competencia y el tipo de la protección del titular de la empresa<sup>842</sup>. Sin embargo, la ubicación sistemática del precepto (en el Capítulo «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores») supone que una visión patrimonialista no debiera ser la lente principal a utilizar para identificar y catalogar los comportamientos sancionados<sup>843</sup>.

Además, la cuestión tendría especial interés si este delito dependiera de la denuncia de la persona agraviada, pues en ese caso el agraviado sólo sería el titular del bien jurídico protegido; pero el art. 287 CP no somete la persecución de este delito a la denuncia del agraviado y, por lo tanto, el titular del patrimonio administrado no necesita ser perjudicado en forma individual para poder perseguir al administrador, empleado o colaborador que haya cometido el delito de corrupción perjudicando sus intereses patrimoniales<sup>844</sup>.

A lo que se añade que esta duplicidad de intereses tan distintos podría resultar en parte perturbadora, y en parte redundante, en la medida que los

---

<sup>839</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 421.

<sup>840</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 13.

<sup>841</sup> Cfr. ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., págs. 23 y 24.

<sup>842</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 156.

<sup>843</sup> BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción...», ob. cit., págs. 135 y 136.

<sup>844</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 155.

intereses patrimoniales de la empresa frente a la conducta desleal del administrador o empleado ya se encuentran tutelados frente a los hechos más graves por el delito de administración desleal y no sería necesario reprimir estas conductas a través de un delito de corrupción<sup>845</sup>.

### **3. Protección del deber de fidelidad hacia el empresario o empleador**

Esta posición doctrinal se basa, fundamentalmente, en que el art. 286 bis CP, tras la reforma de 2010, exigía como elemento el incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Pero este es un bien jurídico de cuestionable legitimidad, en términos penales<sup>846</sup>, incluso para los autores que sostienen que el tipo de corrupción privada sitúa el núcleo de la prohibición en la infracción de deberes por parte del empleado.

Con carácter general, se entiende que el deber de fidelidad hacia el empresario o empleador no es el objeto exclusivo de protección penal del tipo<sup>847</sup>, de manera que no surge para proteger a la empresa de los actos desleales de sus representantes o empleados<sup>848</sup>. No estamos ante un delito que proteja exclusivamente el deber de fidelidad en la relación de empleo.

Ello obliga a vincular este delito a otros intereses esenciales de la empresa, para dotarlo de un mínimo contenido material; y en este sentido, surgen dos líneas: de una parte, las reglas de la leal competencia, cuya afectación a través del cobro de comisiones no siempre podrá constatarse; y, de otra, los intereses patrimoniales del empresario, que pueden verse afectados por la toma de decisiones clandestina de sus empleados<sup>849</sup>.

En esta línea, se ha indicado que un requisito típico esencial es la infracción de las obligaciones que tienen los directivos, empleados y colaboradores, y que parece ponerse en primer término, por lo tanto, la infracción de deberes; pero analizando los tipos penales se observa que la regulación parece seguir un modelo híbrido o mixto en el que se requiere,

---

<sup>845</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 430.

<sup>846</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 122.

<sup>847</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., págs. 281 y 287; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 27.

<sup>848</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 20.

<sup>849</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 122.

cumulativamente, una infracción de deberes por parte del corrupto y un menoscabo de la competencia leal<sup>850</sup>.

A nuestro juicio, debe desecharse la concepción de delito como dirigido a reprimir básicamente la lesión de deberes del empleado respecto de su principal o empleador, porque vaciaría de contenido el supuesto de corrupción activa (que no parece que pueda verse como infracción de deberes laborales) y reduciría la modalidad pasiva bien a un delito de administración desleal, o en su caso de apropiación indebida, y si no hay lesión patrimonial, a un incumplimiento del contrato de trabajo<sup>851</sup>.

#### **4. Delito pluriofensivo**

##### **4.1. Líneas generales**

Finalmente, otro sector doctrinal considera que la competencia leal es un bien jurídico digno y necesitado de salvaguarda penal, pero considera que no es necesario acudir al Derecho Penal para protegerlo de las conductas de soborno, porque se duda de que su menoscabo a través de este tipo de comportamientos alcance la gravedad suficiente como para ello<sup>852</sup>. En consecuencia, es preciso que el tipo penal esté dirigido a la salvaguarda de otros bienes o intereses añadidos al de la competencia.

En tal sentido, DE LA CUESTA y BLANCO parten de la necesidad de protección penal de la lealtad competitiva, así como de que los comportamientos descritos en el tipo penal son prácticas concurrenciales incorrectas, con efectos en los intereses múltiples que confluyen en la defensa de la competencia; pero para defenderlos no es preciso acudir a la sanción penal, al ser contrario al principio de subsidiariedad, porque ya existe una adecuada y suficiente protección por medio de la legislación sobre competencia<sup>853</sup>. Esta normativa ya hace frente a los ataques (incluso a los de mayor entidad) a la lealtad competitiva<sup>854</sup>. Por ello, entienden este delito como pluriofensivo, al propugnar que es exigible para su castigo la presencia de tres

---

<sup>850</sup> BLANCO CORDERO, I., «La reforma de los delitos...», ob. cit.; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1110. MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 430.

<sup>851</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 431.

<sup>852</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 288; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 433 y 434.

<sup>853</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., págs. 286 y 287.

<sup>854</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 288.

elementos: una infracción de deberes del sujeto activo, un menoscabo sustancial de la competencia (no bastando el mero peligro abstracto) y además un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores o consumidores)<sup>855</sup>.

Una posición similar mantiene GILI PASCUAL, para quien la competencia económica (y, en su seno, la lealtad competencial) es un bien jurídico legítimo a proteger penalmente, al ser un presupuesto elemental del progreso socio económico<sup>856</sup>. Pero ello no equivale a que sea legítimo tipificar penalmente cualquier conducta que lo afecte, de modo que los actos de corrupción encuentran actualmente cabida en nuestro Derecho en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, con las consecuencias jurídico-civiles correspondientes<sup>857</sup>. Si bien, dado que existe una obligatoriedad de castigar penalmente estos hechos, a consecuencia de los compromisos internacionales, considera que el bien jurídico protegido son, de forma inmediata, los intereses legítimos de los competidores en el mercado y, a través de ellos, de forma mediata, la competencia, como bien supraindividual y colectivo<sup>858</sup>; pero añade que el vínculo de fidelidad hacia el empresario tiene un valor de complemento a la tutela competencial, entendido el deber de fidelidad con un sustrato de deber de protección del patrimonio del empresario<sup>859</sup>.

Por lo que concluye que el delito de corrupción entre particulares se perfila como una figura con un objeto de protección bifronte, tutelándose por un lado a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la competencia) así como, por otro, al propio empresario de aquél; siendo necesario un peligro concreto para al menos algún competidor de la empresa del corrupto así como para los intereses del empresario de éste<sup>860</sup>.

También en una concepción pluriofensiva del delito, otros autores lo conciben sobre tres pilares: la protección de la competencia como institución, la protección del dueño del establecimiento, y la protección de los intereses del concreto competidor, que es o puede ser desplazado como consecuencia del soborno<sup>861</sup>. En sentido similar, se indica que el bien jurídico protegido en esta

---

<sup>855</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 290.

<sup>856</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., págs. 9 y 10.

<sup>857</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 10.

<sup>858</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., págs. 18 y 20; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 357.

<sup>859</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 27.

<sup>860</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35.

<sup>861</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221.



figura delictiva es el interés general en la lealtad de la competencia, pero junto a ella se debe hacer también mención a la tutela -siquiera de forma indirecta- de los potenciales intereses patrimoniales de los competidores y de los empresarios<sup>862</sup>.

#### 4.2. Dificultades para considerar el delito como pluriofensivo

Este modelo ha sido criticado en el siguiente sentido: pretende tomar en consideración todos los elementos típicos contenidos en el art. 286 bis (según redacción por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), tratando de conciliarlos, pero se basa en un modelo de tipificación que resulta político-criminalmente insostenible, porque mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia y el patrimonio del titular de la empresa, cuando en el Derecho comparado se conocen modelos basados en alguno de estos bienes jurídicos, pero no en los dos<sup>863</sup>.

También se añade, como crítica, que la concepción bifronte del bien jurídico no es acertada porque la vertiente relativa a la leal competencia carece de *lege lata* de la necesaria lesividad penal y la vertiente patrimonialista podría servir de base a un ilícito penal, pero tal ilícito no es otro que la administración desleal de patrimonio ajeno, en atención a lo cual debería ser incluido entre los delitos societarios<sup>864</sup>.

Finalmente, desde una perspectiva práctica se añade<sup>865</sup> que la tesis de la pluriofensividad permite ir teniendo en cuenta aleatoriamente los aspectos que interesen en cada caso para castigar conductas que parezcan simplemente poco éticas, por lo que se corre el riesgo de una aplicación forense del delito extensiva y arbitraria.

---

<sup>862</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 12; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 352 y 353. En sentido similar, GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinador), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 553 a 576, esp. págs. 563 y 564.

<sup>863</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 506; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 382; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 702. Esta crítica pierde intensidad si se observa la evolución del delito en los últimos años en distintos ordenamientos, como ya se ha expuesto en la parte de este trabajo dedicada a la regulación en el ámbito internacional del delito.

<sup>864</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 507; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., págs. 382 y 383; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 702.

<sup>865</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 169.

## **5. LA REFORMA POR LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO**

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reformado el art. 286 bis CP. El hecho mismo de la reforma y las modificaciones introducidas inciden en el ámbito del bien jurídico protegido. El legislador ha avanzado en la consideración de que tal bien jurídico es la competencia leal, lo que se deduce de los elementos siguientes:

1) La ubicación sistemática del precepto, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, en una sección (la Sección 4ª) que lleva por rúbrica la de «Delitos de corrupción en los negocios».

2) La rúbrica de la sección es expresiva de la idea de que es un delito que afecta a las relaciones económicas y mercantiles, que se ven distorsionadas por los actos de corrupción. Esta es, precisamente, una muestra de la percepción de los delitos de corrupción como delitos económicos, en los que la afectación de la competencia tiene un papel notable.

3) El legislador ha reforzado la idea de que con este delito pretende proteger la competencia, al indicar en el Preámbulo (apartado XVIII) que:

«Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero).

Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas».

Como se observa, habla de impedir que, mediante sobornos, se obtengan «ventajas competitivas» o «posiciones de ventaja en las relaciones económicas».

4) Se regula este delito junto con el delito de cohecho a una autoridad o funcionario público en la realización de actividades económicas internacionales. Es decir, junto con el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros en las

transacciones comerciales internacionales, contemplado en el Convenio de la OCDE, al que nos hemos referido anteriormente. Este Convenio es esencialmente un instrumento que pretende generar un nivel uniforme de protección a las empresas en el extranjero, para que puedan competir en igualdad de condiciones (sin que medien sobornos).

5) El propio legislador indica en el Preámbulo (apartado I), que

«Se acomete una revisión técnica de la regulación del decomiso y de algunos aspectos de la parte especial del Código Penal, en concreto, de los delitos contra la propiedad, del catálogo de agravantes de la estafa, administración desleal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción privada, malversación, corrupción de agentes públicos extranjeros, delitos de atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal, e intrusismo».

6) El legislador al realizar la «revisión técnica» de este delito no ha considerado necesario: i) exigir algún daño en el patrimonio del empresario o de terceros; ii) exigir algún perjuicio para el mercado o los consumidores; y iii) restringir el tipo penal a determinadas conductas con impacto sobre la competencia. Es decir, no lo ha limitado el tipo en los términos que se reclamaban por diversos sectores doctrinales.

7) Sin embargo, al acometer tal «revisión técnica», sí que ha efectuado modificaciones en el tipo penal que son relevantes en materia del bien jurídico protegido, como son: i) la eliminación del elemento típico de «incumplimiento de obligaciones»; y ii) la introducción de la precisión de que el delito se puede cometer «en la contratación de servicios» y «en las relaciones comerciales».

Efectivamente, la reforma de 2015 elimina, tanto del delito de corrupción activa como pasiva, la mención a que el sujeto actúe «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». Se elimina así el factor principal que permitía sostener que este delito era algo más que un delito contra la competencia. Quizás esta sea la mejor muestra de cuál es la consideración sobre el bien jurídico protegido por parte del legislador, al ser el incumplimiento de obligaciones uno de los extremos que más distorsión causaba al respecto.

Por otra parte, el legislador ha ampliado el ámbito del delito, ya que según la redacción inicial del precepto se podía cometer «en la adquisición o

venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»; mientras que, tras la reforma de 2015, la descripción típica se refiere a «en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales». Es decir, se amplía a cualesquiera «servicios» -no sólo profesionales-, así como a las «relaciones comerciales»<sup>866</sup>.

Todas estas consideraciones deben ser entendidas en el sentido de que el legislador remarca la idea (ya expresada en el Preámbulo de la Ley 5/2010, de 22 de junio) de que la competencia leal es el bien jurídico protegido por este delito.

## 6. TOMA DE POSTURA

A nuestro juicio, el bien jurídico protegido por el delito del art. 286 bis CP es la competencia leal, lo que nos obliga a definir qué se considera como tal.

La competencia en sentido económico es entendida como el esfuerzo humano por mejorar las condiciones de oferta y/o de demanda de bienes y servicios, disputándose una misma clientela y/o proveedores con otros competidores<sup>867</sup>. Tal esfuerzo merece protección jurídica, en la medida en que esa protección cumple una doble función: la primera político-económica, incentivando la calidad de la producción y precio; y, la segunda, político-social, protegiendo a los consumidores y terceros competidores e impidiendo una excesiva concentración del poder económico<sup>868</sup>. Mediante su protección se estimula a los sujetos económicos a superarse y fomenta la óptima asignación de los recursos, en el marco objetivo del mercado, sobre todo si es una competencia por el esfuerzo, por la eficiencia o las prestaciones<sup>869</sup>.

Ahora bien, el objeto de protección no debe entenderse exclusivamente como un derecho subjetivo de cada uno de los intervinientes en un mercado a

---

<sup>866</sup> Nótese en este punto la similitud entre la expresión «relaciones comerciales» y la expresión «tráfico comercial», que se utiliza en la rúbrica del § 299 *StGB* (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*).

<sup>867</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho...*, ob. cit., pág. 70.

<sup>868</sup> BACIGALUPO, E., «La protección penal de la libre competencia en España y el Proyecto de Código penal español de 1980», en *Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo II*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 1323 a 1329, esp. pág. 1323 y 1324; HORMAZÁBAL MALAARÉ, H., «Consideraciones en torno a la incriminación de conductas lesivas de la competencia», *Revista Técnico Laboral*, nº 15, vol. V, 1983, pág. 5; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, ob. cit., pág. 476; y SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R., «Consideraciones en torno a la protección penal del Know-how», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 43, 3, 1990, págs. 859 a 878, esp. pág. 875.

<sup>869</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho...*, ob. cit., pág. 70.

una competencia con determinadas condiciones, para lograr así su máxima satisfacción económica, sino también como un interés general en la eliminación y evitación de los abusos en el ejercicio de tal derecho<sup>870</sup>. Es decir, el objeto de protección no es un derecho subjetivo, sino la competencia como institución y principio básico de un sistema económico<sup>871</sup>.

La doctrina ha puesto de manifiesto que, al definir la competencia como bien objeto de protección, deben tenerse presente dos ideas: i) la competencia perfecta no existe; y ii) la competencia objeto de protección sólo es posible dentro de los márgenes de nuestro texto constitucional.

En cuanto al primer aspecto, la competencia perfecta no existe de forma generalizada en el mundo real<sup>872</sup>; se trata de un ideal nunca alcanzable<sup>873</sup>. Por ello, debe operarse con un concepto de «competencia relativa o imperfecta»<sup>874</sup>, o también se ha hablado de una «competencia efectiva, suficiente, operativa o practicable»<sup>875</sup>. Desde esta perspectiva, la competencia puede definirse como aquella estructura económica que, pese a no cumplir las condiciones del mercado de la competencia perfecta, alcanza unos resultados comparables a ese modelo desde el punto de vista de la eficiencia; es decir una estructura económica en la que se derivan reducciones de precios y mayores producciones, en la cual la tecnología y las distintas calidades y tipos de productos cumplen un papel de primer orden y las condiciones de rivalidad entre las empresas ponen límite a la discrecionalidad de los productores<sup>876</sup>.

Definida así la competencia desde un punto de vista económico, será necesario dictar normas que protejan las condiciones necesarias para conseguir una estructura competitiva de tales características. Esas condiciones son las siguientes<sup>877</sup>: i) libertad de los agentes económicos, es decir, libertad para determinar las circunstancias, el modo y la forma de su actividad; ii) libertad de acceso al mercado, de manera que los operadores puedan entrar en un mercado sin encontrarse con obstáculos artificiales; iii) igualdad de competidores ante la ley; y iv) libertad de elección por parte de los consumidores.

---

<sup>870</sup> Cfr. MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 23 y 24.

<sup>871</sup> MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 57.

<sup>872</sup> MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 217.

<sup>873</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, ob. cit., pág. 479.

<sup>874</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, ob. cit., pág. 476.

<sup>875</sup> MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 218.

<sup>876</sup> MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 218.

<sup>877</sup> MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 220.

En segundo lugar, se debe operar con un concepto de competencia derivado de nuestro texto constitucional, en el que se recogen los límites mínimos del orden socioeconómico<sup>878</sup>, ya que, además de los intereses económicos de carácter individual, prevé la defensa de los intereses económicos colectivos, tal y como se deduce de su art. 35 (derecho a la libre elección de profesión u oficio), art. 38 (reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), art. 128 (subordinación de toda la riqueza del país al interés general y reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica) y art. 131 (posibilidad del Estado de planificar la actividad económica general).

En consecuencia, de nuestro texto constitucional deriva un sistema económico que se basa en principios concurrenciales, como son la libertad de empresa (fundamentada en los principios de libertad e igualdad) y una serie de mecanismos del mercado, que debe ser regulado para que funcione de manera efectiva y para lograr también fines sociales<sup>879</sup>.

En la medida en que estos principios y mecanismos del mercado tienen como finalidad obtener una competencia efectiva y eficiente, en los términos económicos y jurídicos indicados, existe un interés tanto del propio Estado en el mantenimiento del sistema elegido por nuestra Constitución, como de todos los participantes en el mercado. La trascendencia de este bien deriva de su propia inclusión en la Constitución y de la importancia que tiene para el desarrollo económico y social. De ahí que esté necesitado y sea merecedor de protección por el Derecho Penal<sup>880</sup>.

En consecuencia, esa protección penal de la competencia<sup>881</sup> puede llevarse a cabo tratando de erradicar los comportamientos que restringen la libertad de los competidores (competencia libre); pero también los comportamientos en la lucha por la clientela que son contrarios a la igualdad de competidores ante la ley y que restringen la libertad de elección por parte de los

---

<sup>878</sup> GÓMEZ PAVÓN, P., «Algunas cuestiones en torno...», ob. cit., pág. 952.

<sup>879</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho...*, ob. cit., pág. 70; y MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 233.

<sup>880</sup> MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica...*, ob. cit., pág. 358.

<sup>881</sup> Una característica de nuestro Derecho Penal es la ausencia de normas que protejan la competencia como institución, optando por la tipificación de delitos específicos que tienen que ver con ciertos deberes mínimos hacia los competidores; cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., págs. 166 y 167.

consumidores (competencia leal)<sup>882</sup>. Este segundo aspecto, de limitar penalmente los comportamientos contrarios a la paridad jurídica de los competidores, que afectan, a su vez, a la elección de los consumidores, es la faceta de protección de la competencia, entendida como competencia leal, que se encuadra en el tipo penal descrito en el art. 286 bis CP. Es así, en la medida en que protege el sistema institucional de competencia, en el que los operadores deben tener la confianza y seguridad de que funciona sobre bases legítimas y de concurrencia lícita y leal.

Se trata, por tanto, de un bien jurídico colectivo<sup>883</sup>, entendido como bien que sirve a los intereses de la generalidad de personas que forman parte de una comunidad<sup>884</sup>. Como tal se caracteriza por dos notas<sup>885</sup>: i) no se puede dividir en partes y asignar una porción del mismo a cada individuo del colectivo; y ii) puede ser disfrutado por cada miembro de la sociedad en igual medida, por lo que no es posible relacionarlo, en todo o en parte, con un único sector de la misma.

Esta consideración de la competencia leal como bien jurídico se acentúa desde la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, como hemos indicado anteriormente. Especialmente porque elimina el elemento de incumplimiento de obligaciones, que constaba en la redacción típica y daba lugar a esgrimir uno de los argumentos clave en contra de la postura que consideraba este delito como un delito contra la competencia.

Es cierto que siguen existiendo dos argumentos contrarios a la conclusión que alcanzamos en este punto, como son: i) que el art. 286 bis CP siga sin prever la posibilidad de que el propio empresario pueda ser sujeto activo del delito de corrupción pasiva; y ii) que el tipo privilegiado del artículo 286 bis.3 CP no haya sido modificado en su redacción. Sin embargo, estos posibles obstáculos no nos parecen insalvables.

Así, que el tipo penal no recoja al empresario como sujeto activo en la modalidad descrita no impide que el bien jurídico sea la competencia, sino que, en realidad, es una incongruencia del legislador, porque no ha querido llevar el

---

<sup>882</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, ob. cit., pág. 479, que utilizan la expresión de erradicar «los comportamientos deshonestos» en la lucha por la clientela; esto es, los comportamientos que implican un «medio de competir deshonesto».

<sup>883</sup> Aunque algunos autores, vistos los matices que presenta este tipo de bienes jurídicos, hablan de bienes jurídicos «intermedios», porque se trata de bienes situados entre el orden económico y el particular con sus intereses patrimoniales u otro tipo de intereses; TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo...», ob. cit., pág. 33.

<sup>884</sup> HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal...», ob. cit., pág. 3.

<sup>885</sup> HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal...», ob. cit., pág. 4.

sistema de protección penal de la competencia hasta sus últimas consecuencias, ya sea por un simple olvido o por una cuestión de política criminal<sup>886</sup>. Nada impediría que el empresario fuera incluido en el catálogo de sujetos, porque también puede alterar la competencia mediante la recepción de sobornos.

En segundo lugar, el tipo privilegiado puede ser interpretado en términos de protección de la competencia: si su aplicación viene condicionada por dos factores -que son la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable-, entonces es factible pensar que se aplicará, precisamente, a supuestos en los que el ataque contra la competencia y la distorsión de la misma sea de menor entidad, dada la reducida cuantía de la dádiva o la escasa trascendencia de las funciones del autor.

---

<sup>886</sup> Sobre esta cuestión se volverá en el capítulo relativo a los sujetos del delito.





## **CAPÍTULO SÉPTIMO. LOS SUJETOS DEL DELITO**

### **I. LA CORRUPCIÓN ACTIVA Y LA CORRUPCIÓN PASIVA**

#### **1. DISTINCIÓN ENTRE AMBAS MODALIDADES**

Tradicionalmente, en relación con el delito de cohecho de funcionarios públicos es habitual distinguir entre la conducta de quien pretende corromper al funcionario o atiende sus solicitudes y la conducta del funcionario que acepta o solicita el soborno; de tal manera que se distinguen dos modalidades: cohecho activo y cohecho pasivo, respectivamente. Es una clasificación atendiendo al sujeto que realiza la acción: si es el particular quien intenta corromper (o acepta las solicitudes del funcionario) estamos ante el cohecho activo; por el contrario, si es el funcionario el que acepta (o exige) el soborno nos encontramos ante el cohecho pasivo. Pero, en realidad, en ambos casos se prevén tanto conductas activas, de corromper, como pasivas, de dejarse corromper: si el funcionario acepta el soborno, se deja corromper (pasiva), pero si lo solicita, él es el sujeto corruptor (activa); igualmente, si el particular ofrece el soborno, es el sujeto corruptor (activa), pero si acepta la solicitud del funcionario, entonces se deja corromper (pasiva). Pese a ello, existe un cierto consenso en denominar cohecho activo a aquel cuyo sujeto activo es un particular (realice conductas activas o pasivas) y cohecho pasivo cuando el sujeto activo del delito es una autoridad o funcionario público (realice conductas activas o pasivas)<sup>887</sup>.

Evidentemente, la distinción particular/funcionario público no puede operar en el delito de corrupción entre particulares, ya que los sujetos intervinientes son ambos particulares y ninguno de ellos funcionario público. Pero, a efectos sistemáticos, es preciso que en el citado delito también se distingan dos modalidades de corrupción: activa y pasiva.

Un primer criterio de diferenciación es acudir a determinar de qué sujeto parte la iniciativa. Atendiendo a la redacción del art. 286 bis CP podríamos entender que la corrupción activa existiría cuando un sujeto promete, ofrece o concede la dádiva o ventaja; mientras que la corrupción pasiva existiría si la recibe, solicita o acepta. Esta distinción no es del todo adecuada, porque en ambos también casos se prevén conductas activas de corromper y pasivas de dejarse corromper. Especialmente, en el caso de la

---

<sup>887</sup> Con más detalle sobre la cuestión, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX. Capítulo IV. Del cohecho», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III*, Trivium, Madrid, 1997, págs. 3982 y ss., esp. págs. 3985 y 3986.

solicitud de la dádiva o ventaja, ya que quien la solicita es el sujeto corruptor y quien la concede el sujeto corrompido.

Por eso, el criterio de distinción que parece más acertado es el de diferenciar entre la persona que es ajena a un ente empresarial y la que está integrada en el mismo. Si la acción se comete por la persona ajena o externa al ente empresarial (esto es, «quien por sí o por persona interpuesta»), la modalidad será activa; mientras que si la acción la comete la persona que forma parte del mismo (esto es, el «directivo(s), administrador(es), empleado(s) o colaborador(es) de una empresa mercantil o de una sociedad»), la modalidad será pasiva.

Si trasladamos lo dicho en relación con el cohecho de funcionarios, la corrupción entre particulares es activa cuando el sujeto activo es una persona ajena a un ente empresarial (realice conductas activas o pasivas) y es pasiva cuando el sujeto activo del delito es la persona integrada en la empresa (realice conductas activas o pasivas). Es cierto que en ambos casos subsisten conductas activas y pasivas, pero es la más coherente para dotar de sistemática a la exposición del delito.

## **2. UBICACIÓN EN EL ARTÍCULO 286 BIS DEL CÓDIGO PENAL**

En la redacción original del art. 286 bis CP, la modalidad activa se definía en el artículo 286 bis.1 CP, de manera que castigaba a quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

Mientras que la modalidad pasiva se definía en el artículo 286 bis.2 CP, que castigaba al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

Tras la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha alterado el orden. Ahora la modalidad activa se define en el artículo 286 bis.2 CP, que castiga a quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Mientras que la modalidad pasiva ocupa el art. 286 bis.1 CP, que castiga al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

En cualquier caso, antes y después de la reforma de 2015, en ambas modalidades se plantea la intervención de dos personas. Es un delito en el que se requiere la intervención de dos sujetos, sin que ninguno de ellos sea víctima del mismo: en términos generales, se trata del corruptor, que ofrece la ventaja y, el corrompido, que, como contrapartida, se compromete a favorecerlo.

En la corrupción privada activa, el sujeto activo es la persona que promete, ofrece o concede el beneficio o ventaja (en términos generales, es el corruptor o sobornador). En el tipo penal se define con la expresión «quien por sí o por persona interpuesta» (actual art. 286 bis.2 del Código Penal), por lo que se trata de un delito común. Puede ser cualquiera, tanto el propio empresario (que ofrece o entrega la dádiva a otro), como un subordinado del mismo.

En la corrupción privada pasiva, el sujeto activo es la persona que recibe, solicita o acepta el beneficio o ventaja (en términos generales, es el sobornado o corrompido). Según el art. 286 bis.1 del Código Penal, sólo puede ser un «directivo(s), administrador(es), empleado(s) o colaborador(es)». A partir de esta mención, la redacción inicial del delito añadía que debía serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización». Si bien, desde la reforma de 2015, ahora el tipo penal indica que ha de serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad».

En este caso, se trata de un encargado o un subordinado del empresario, concebido éste como ente jurídico, no como persona física. El delito sólo se puede cometer por quien ostenta estas cualidades, por lo que se trata de un delito especial.

## II. LOS SUJETOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA

### 1. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA

#### 1. En general

El sujeto activo del delito de corrupción activa se define en el tipo penal con la expresión «quien por sí o por persona interpuesta». La doctrina es prácticamente unánime al considerar que se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona<sup>888</sup>.

En tal sentido, el delito lo puede cometer un empresario, que ofrece o entrega la dádiva a otra persona, o un subordinado del mismo o una persona que no ocupe cargos o empleos en la empresa beneficiada por el trato de favor frente a terceros<sup>889</sup>. Nada impide que el sujeto activo de este delito sea un administrador, directivo o empleado de una entidad mercantil que ofrece el soborno a un administrador, directivo o empleado de otra entidad; ni que lo sea un empresario o profesional individual que pretende beneficiarse de la contratación ilícita; como tampoco está vedado que se trate de un tercero ajeno a los anteriores, que pretende favorecerlos<sup>890</sup>.

---

<sup>888</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 423; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435 y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 358; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 21; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., págs. 4 y 7; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 148; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit. y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 113; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 9; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1111; VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *Diario La Ley*, nº 6314, 8 de septiembre de 2005; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 556.

<sup>889</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16.

<sup>890</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 423.

La corrupción activa es la corrupción vista desde la óptica de «quien paga». Esto no debe confundirse con el oferente del bien o servicio, lo normal es que se cometa por quien trata de colocar sus productos o servicios, pero no debe excluirse que el adquirente ofrezca una ventaja por hacerse con la adquisición de bienes o servicios (por ejemplo, en el caso de que sean escasos)<sup>891</sup>.

## **2. Posibilidad de restringir el ámbito del sujeto activo**

### **2.1. Posiciones doctrinales a favor de la restricción**

Frente a esta postura doctrinal, ampliamente mayoritaria, otros autores mantienen que es posible restringir el ámbito de sujetos activos de este delito.

Una primera forma de restricción consiste en aceptar que, si bien el art. 286 bis CP no requiere condiciones especiales en este sujeto, sí demanda de él una vinculación, directa o indirecta, con la empresa que se verá beneficiada a causa del soborno<sup>892</sup>.

En esta línea, se indica<sup>893</sup> que, aunque el tenor literal del precepto apunta al carácter de delito común de la modalidad activa de corrupción, en atención al bien jurídico protegido -la justa y honesta competencia-, y al ámbito objetivo en el que se desarrollan estas conductas -la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales (a las que se añade, desde la reforma de 2015 la contratación de cualquier servicio y las relaciones comerciales)- parece que el círculo de sujetos activos debería también limitarse a los competidores o personas que actuaran en interés de un competidor, sin extender el tipo a cualquier tercero privado que no actuara con fines concurrenciales. Entonces, ello supone que el sujeto activo debe tratarse de un empresario o profesional suministrador de bienes o prestador de servicios, porque se trata de un delito contra la competencia en el mercado<sup>894</sup>.

Para fundamentar esta restricción, un sector doctrinal considera que debe relacionarse la forma de definir el sujeto de esta modalidad activa de corrupción con otros elementos del tipo. Concretamente, con el elemento de

---

<sup>891</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 556.

<sup>892</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 123.

<sup>893</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 9; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 27.

<sup>894</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249.

incumplimiento de obligaciones por parte del sujeto sobornado o corrompido - que ahora ha desaparecido con la reforma de 2015-.

Desde esta perspectiva, se ha mantenido<sup>895</sup> que si el sujeto sobornado debía actuar «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales» (así lo indicaba el art. 286 bis.2 CP, antes de la reforma de 2015), en consecuencia, el verdadero sujeto activo del delito de corrupción privada activa (esto es, el corruptor) sería siempre alguien que se dedicara a la venta de mercancías, a la adquisición de éstas con determinada finalidad o a la prestación de servicios profesionales. Si el tipo penal exigía que se incumplieran las obligaciones por el corrupto, en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, el corruptor debería tener alguna de estas ocupaciones, para poder tener interés en beneficiarse de la conducta del posible corrupto.

En consecuencia, el delito ya no sería un delito común, que se puede cometer por cualquiera, sino que se cometería sólo por quien se dedica a las actividades descritas en el tipo.

Otro sector doctrinal ha ido más allá en la restricción del ámbito de sujetos activos y entiende que sólo pueden serlo un administrador, directivo, empleado o colaborador de una empresa o entidad; es decir, que coinciden las características de ambas modalidades de corrupción, activa y pasiva.

En apoyo de esta posición doctrinal, y teniendo también en cuenta el elemento del incumplimiento de obligaciones, se ha señalado<sup>896</sup> que lo lógico sería pensar que la modalidad de corrupción activa se configura como un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona; pero si el sujeto activo no debía infringir un deber específico que le incumbiera (delito común), carecería de sentido que esta modalidad de corrupción activa tuviera atribuida la misma pena que la corrupción pasiva, en la que el autor sí debía infringir tal deber. La imposición de la misma pena a quien ofrece la dádiva que a quien la acepta sólo sería admisible si ambos infringen un deber especial, lo que es un argumento a favor de considerar que el sujeto activo de la corrupción activa también debe infringir tal deber y que, en consecuencia, el autor debe ser también un administrador, directivo, empleado o colaborador de una empresa o entidad.

---

<sup>895</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 97; y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 14.

<sup>896</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

Como otros argumentos a favor de esta posición se considera que, aunque autor del delito, en principio, pueda ser cualquier persona, ya que no se especifica cualidad alguna para poder ser sujeto activo de esa modalidad delictiva, una interpretación de conjunto con la conducta esperada de los sujetos corrompidos, que debe consistir en favorecer al corruptor o a un tercero en la contratación de mercancías o servicios, conduce a interpretar que el sujeto corruptor normalmente será directivo, administrador o empleado de la entidad beneficiaria de la adjudicación contractual, o, cuanto menos, será colaborador de la misma<sup>897</sup>. Es decir, los sujetos activos en el delito de corrupción activa serán los mismos que los sujetos activos del delito de corrupción pasiva; por lo que *de facto* la modalidad activa de corrupción privada se convertiría también en un delito especial<sup>898</sup>.

## 2.2. Posiciones doctrinales en contra de la restricción

Esta equiparación entre ambas modalidades de corrupción es contestada por BACIGALUPO<sup>899</sup>, quien sostiene que la inclusión en el texto de la expresión «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales» podría sugerir, inicialmente, que ambas formas de corrupción (activa y pasiva) son delitos especiales -es decir, que sólo pueden ser cometidos por quienes están afectados por determinados deberes-; pero ello no es correcto, porque no hay ninguna norma en la compraventa o en la contratación de servicios profesionales que imponga una obligación especial de no sobornar. Esa obligación no es independiente de la prohibición que respalda el tipo penal del art. 286 bis CP, que es el que impone no sobornar a la contraparte o no aceptar o no hacerse sobornar por la contraparte<sup>900</sup>.

Por eso, no es adecuado pensar que sólo las personas que quieren comprar o vender mercancías o contratar servicios pueden ser sujetos activos de la corrupción activa; ya que cuando el texto legal se refiere a la compra, la venta o la contratación de servicios no lo hace para caracterizar al autor, sino para definir el marco dentro del cual debe ser realizada la acción y no para incluir un especial elemento de la autoría<sup>901</sup>.

---

<sup>897</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 620.

<sup>898</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 27.

<sup>899</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

<sup>900</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

<sup>901</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.



Ello justifica la exclusión del delito de los consumidores y usuarios del producto o servicio, en la medida en que entre ellos no hay una relación de competencia<sup>902</sup>.

### **2.3. Toma de postura**

A nuestro juicio, el delito de corrupción privada activa es un delito común, que se puede cometer por cualquier persona. La redacción del tipo («quien por sí o por persona interpuesta») abona esta conclusión. Y más aún porque la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha eliminado el elemento típico del incumplimiento de obligaciones, que era el principal sostén de las posturas doctrinales proclives a restringir el ámbito del sujeto activo de este delito. Además, desde esta reforma no cabe duda de que ambos sujetos (el que soborna y el sobornado) deben soportar la misma pena, porque no hay un incumplimiento de un deber añadido por parte del sujeto que se deja sobornar.

Además, la necesidad de que el sujeto corrompido actúe para favorecer indebidamente al sujeto corruptor o a un tercero (el art. 286 bis.2 CP, desde la reforma de 2015, indica que el soborno se promete o entrega a una persona «como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros») pone de manifiesto que el sujeto que corrompe puede desarrollar o no una actividad de compra, venta o prestación de servicios. Ello porque el soborno puede buscar el favorecimiento propio (favorecerle a él frente a otros competidores), en cuyo caso sí desarrollará tal actividad, pero también puede buscar el favorecimiento ajeno (favorecer a un tercero frente a otros competidores de ese tercero); de modo que, en este segundo caso, el sujeto que soborna puede ser un extraño respecto al proceso competitivo.

En todo caso, la referencia a un marco de adquisición, venta y prestación de servicios no fija las condiciones del sujeto activo del delito de corrupción privada activa, sino sólo el entorno en el que se desarrolla la acción. No se trata de un elemento que configure las cualidades que debe reunir el sujeto, sino que es un elemento de la conducta típica.

## **2. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA**

---

<sup>902</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 563. Aunque para este autor la exclusión procede del hecho de que son sujetos no destinatarios de las previsiones de la normativa relativa a la competencia.

Si el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, sobre quién es el sujeto pasivo de esta modalidad de corrupción hay distintas posturas doctrinales, en la medida en que, como ya hemos visto, se discute sobre cuál es el bien jurídico afectado.

Así, se ha indicado que si el bien jurídico es la competencia, entonces el sujeto pasivo sería la comunidad, puesto que la competencia es un bien colectivo<sup>903</sup>. Pero, partiendo de que ese sea el bien jurídico, otros autores entienden que los sujetos pasivos serán los consumidores, que ven defraudadas sus legítimas expectativas como consecuencia de las prácticas corruptas<sup>904</sup>; o entienden que los sujetos pasivos son el conjunto de empresas competidoras<sup>905</sup>.

Un segundo sector doctrinal entiende que quien resulta perjudicado por el delito es la empresa y más concretamente los socios que quedan al margen del soborno<sup>906</sup>. En este caso, al delito se le otorga un matiz patrimonial.

Finalmente, una tercera posición doctrinal considera que los sujetos pasivos serán un directivo, administrador o empleado de una empresa o sociedad, que posea cierta capacidad para seleccionar o decidir acerca de la contratación del oferente, por encima de terceros competidores<sup>907</sup>. A nuestro juicio, estos no son los sujetos pasivos, sino el objeto de la conducta típica.

Dado que hemos mantenido que el delito de corrupción entre particulares protege el bien jurídico competencia leal, el sujeto pasivo del mismo es la colectividad o la comunidad, ya que se trata de un bien jurídico colectivo.

### **III. LOS SUJETOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA**

#### **1. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA**

##### **1. En general**

---

<sup>903</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626.

<sup>904</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>905</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 636.

<sup>906</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626.

<sup>907</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 9; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 14.

El sujeto activo del delito de corrupción pasiva se define en el tipo penal con la expresión «directivos, administradores, empleados o colaboradores», enmarcando estas categorías en el seno de una entidad jurídica, no respecto a una persona física. Solamente pueden ser sujetos activos del delito aquellos que se encuentren encuadrados dentro de una estructura empresarial<sup>908</sup>. Ello supone:

1) Los particulares personas físicas, cuando son ellos directamente quienes contratan, no pueden ser sujetos activos del delito de corrupción pasiva, por mucho que pudiesen recibir dádivas<sup>909</sup>. Es decir, el consumidor final no puede cometer este delito.

2) Los administradores, empleados o colaboradores de una persona física tampoco pueden ser sujetos activos de este delito<sup>910</sup>.

Como ya hemos indicado, la redacción inicial del delito -derivado de la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio- consideraba que los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» debían serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización». Pero la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incide en este aspecto y ahora el tipo penal indican que han de serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad».

El elemento común a las tres categorías de directivo, administrador y empleado es que tienen una relación estable con una entidad jurídica, en alguno de esos niveles jerárquicos, sometida a los estatutos o dependiente de los órganos sociales<sup>911</sup>. Son personas dependientes del titular de la empresa, al margen de cuáles sean sus funciones en la misma<sup>912</sup>. Ahora bien, el tipo también

---

<sup>908</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, pág. 394.

<sup>909</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 557.

<sup>910</sup> Como se ha indicado con anterioridad en este trabajo, la posibilidad de que una persona subordinada o relacionada con una persona física sí pueda cometer el delito de corrupción privadas pasiva se recoge en la legislación vigente en Francia. Además, el artículo 7 del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa considera como corrupción activa el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma «o para cualquier otra persona», con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

<sup>911</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 426.

<sup>912</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 123.

incluye personas no vinculadas de manera estable a la entidad o dependientes de la misma, a través de la mención a los colaboradores<sup>913</sup>.

La enumeración correlativa de los distintos sujetos activos no responde a un orden lógico. En el organigrama empresarial, la posición preeminente en la empresa la ostentan los administradores, a los que están subordinados los directivos y empleados. Y restan los colaboradores, que no deben tener por definición una relación de empleo (entonces serían empleados), por lo que habrá que determinar qué se considera como tales. El orden lógico de la relación entre los cuatro supuestos que recoge el precepto debería ser el de administradores, directivos, empleados y colaboradores; esto es, yendo de mayor a menor vinculación institucional<sup>914</sup>.

La amplitud con la que se configura el precepto (directivo, administrador, empleado, colaborador) parece querer incluir a cualquier dependiente o representante de la entidad<sup>915</sup> o persona eventualmente relacionada con la misma. Esto plantea el problema de la equiparación a efectos punitivos de personas que ocupan distintos puestos y en situaciones diferentes de poder dentro de la empresa, lo que supone fricciones con los principios de igualdad y proporcionalidad<sup>916</sup>.

Se castiga a todos ellos con las mismas penas, pese a que la relevancia de sus funciones evidentemente no es la misma. En efecto, el Código Penal utiliza categorías que no son equivalentes dentro del ámbito de la empresa: el empleado no tiene las mismas atribuciones ni el papel relevante que tiene el directivo, y no digamos el administrador. Por ello, se ha puesto de manifiesto la incongruencia de que se contemple la misma pena para todos ellos, cuando sus posiciones, funciones y deberes son dispares<sup>917</sup>; si bien esta concepción parece basarse en el incumplimiento de obligaciones internas y no en la incidencia en la competencia.

En cualquier caso, la modalidad pasiva de corrupción entre particulares puede ser cometida únicamente por las personas que reúnen las cualidades exigidas en el tipo. La doctrina es unánime al considerar que se trata de un

---

<sup>913</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>914</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

<sup>915</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11.

<sup>916</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 384; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 704; también, NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11, nota 29.

<sup>917</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Notas sobre la corrupción privada...», ob. cit., pág. 18; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16.

delito especial<sup>918</sup> (o de infracción de deber<sup>919</sup>). Si bien se califica como propio, por algunos autores<sup>920</sup>, o como impropio, por otros<sup>921</sup>. A nuestro juicio, es un delito especial propio, al no tener un delito común correlativo que pueda ser cometido por cualquiera.

Sin perjuicio de que se trate de un delito especial, un sector doctrinal considera que es posible restringir el círculo de sujetos activos, exigiendo que no se trate de cualquier directivo, administrador, empleado o colaborador, sino de una persona que, reuniendo una de estas características, además adopte decisiones que puedan estar relacionadas con la contratación de la empresa<sup>922</sup>. Es decir, que tenga cierta capacidad de decisión individual o colectiva en la actividad de adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales<sup>923</sup>; y que tenga capacidad para, precisamente, contratar el producto o servicio determinado al que se refiere la conducta de corrupción<sup>924</sup>.

En consecuencia, quedarían fuera del tipo quienes tengan mando en el proceso productivo o en otra de sus facetas, pero no lo tengan con funciones estrictamente relacionadas con la contratación de la entidad mercantil o privada<sup>925</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta el concepto de polivalencia funcional en el ámbito laboral que puede repercutir en las funciones que se desempeñen en la empresa.

La delimitación y enumeración positiva de las personas que pueden ser sujetos activos del delito de corrupción pasiva conlleva la necesidad de: i)

---

<sup>918</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 423; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 360; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 21; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 115; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 27; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 4; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 9; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 557.

<sup>919</sup> Sobre el particular, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, *passim*.

<sup>920</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

<sup>921</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>922</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 8.

<sup>923</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 636; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 438 y 439; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 32.

<sup>924</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 250; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 63.

<sup>925</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 8.

determinar las categorías de directivo, administrador, empleado o colaborador, teniendo en cuenta que si bien el Derecho Penal puede utilizar categorías autónomas, en este caso puede ser necesaria la remisión a las disciplinas mercantil o laboral para la determinación de dichos conceptos<sup>926</sup>; y ii) determinar las entidades jurídicas incluidas en el tipo respecto a las que los sujetos citados guardan una relación.

## 2. Directivo

La mención a los directivos (y empleados) que recoge el tipo penal proviene de la Decisión Marco 2003/568/JAI, cuyo artículo 2, al definir la corrupción activa y pasiva en el sector privado, hace mención al sujeto que recibe la dádiva o soborno con la expresión persona que desempeñe «funciones directivas o laborales». Luego, el artículo 5.1 de la Decisión Marco, al regular la responsabilidad de las personas jurídicas, señala:

“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica”.

---

<sup>926</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 10.

En este punto, la doctrina mercantilista, al tratar la representación, distingue entre una representación voluntaria, en virtud de un acto del comerciante, y una representación ejercida por los auxiliares del mismo, dándose las dos generalmente de manera superpuesta.

Tales auxiliares pueden ser tanto dependientes como independientes. Los independientes son, a su vez, empresarios cuya actividad consiste en gestionar intereses de otros (agentes, comisionistas); mientras que los auxiliares dependientes establecen con el empresario una doble relación: i) de efectos internos, al servicio del empresario, persona física o jurídica que los ha contratado, regulada por el Estatuto de los Trabajadores o por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, sobre relación laboral especial de alta dirección; y ii) de efectos externos, o de representación mercantil, regulada por el Código de comercio, bajo la siguiente tipología legal: a) «factor» o apoderado general mercantil, generalmente llamado «Director General», en especial en las sociedades y otras empresas en forma de persona jurídica; b) «dependientes» o apoderados singulares; y c) «mancebos», hoy denominados «dependientes de comercio». Véase, por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho...*, ob. cit., pág. 203.

Algunas de estas categorías pueden subsumirse materialmente en algunas de las recogidas en el tipo penal.

Por tanto, podría entenderse que la Decisión Marco considera directivo a la persona que ejerce el poder de representación de la empresa o que tiene la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control<sup>927</sup>. Sin embargo, este concepto de la norma comunitaria no puede extrapolarse sin más a nuestro ordenamiento, dado que en su seno cabría incluir a otro de los sujetos activos del delito, como es el administrador. Es decir, el concepto de «directivo» del tipo penal no puede ser el equivalente al del art. 5.1 de la Decisión Marco, entre otras razones porque en nuestra regulación legislativa la categoría de administrador resulta diferente a la de directivo<sup>928</sup>.

En el caso del directivo, cabe plantearse si se refiere a aquellos sujetos ligados con la empresa mediante una relación laboral de carácter especial, conforme al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, o si se trata de una persona con poder de gestión empresarial<sup>929</sup>. Esto es, si se trata de sujetos en la cúspide de la entidad, generalmente unidos a la misma mediante contratación especial de alta dirección<sup>930</sup>; o de personas que, dentro de la organización empresarial, desempeñan una labor de dirección, aunque no representen a la empresa<sup>931</sup>.

A nuestro juicio, debe atenderse al concepto recogido en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección<sup>932</sup>; de manera que su art. 1.2 establece:

«Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

### 3. Administrador

---

<sup>927</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

<sup>928</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

<sup>929</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 10.

<sup>930</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 8.

<sup>931</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante...*, ob. cit., pág. 396; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 28.

<sup>932</sup> Téngase en cuenta que en numerosas entidades no existe esta figura laboral específica, pero podrán ser de aplicación otras categorías típicas.

### 3.1. En general

El tipo penal también incluye a los administradores, si bien en los proyectos anteriores a la reforma del Código Penal del año 2010 este término no se contemplaba, y precisamente fue introducido por la propuesta formulada por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2008.

### 3.2. La discusión doctrinal sobre el administrador de hecho

La doctrina ha puesto de manifiesto que, a diferencia de otros delitos contemplados en el Código Penal, en este caso el legislador parece haber olvidado referirse a la clásica distinción entre administrador de hecho y de Derecho<sup>933</sup>. El delito sólo hace mención a los «administradores», así ocurría en la redacción inicial y así se mantiene tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

La falta de distinción entre administrador de hecho y de Derecho en el art. 286 bis CP ha supuesto que un sector doctrinal considere que los administradores de hecho no pueden entenderse incluidos en el tipo, por tratarse de una interpretación extensiva contra reo, en la medida en que supondría incluir lo que el precepto no abarca, cuando en otros artículos del Código Penal sí se realiza expresamente la distinción<sup>934</sup>.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria<sup>935</sup> entiende que la figura del administrador de hecho sí queda incluida como sujeto activo, acudiendo a diversos fundamentos:

---

<sup>933</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 324, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 674; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal del empresario en el derecho español: aspectos generales y de aplicación práctica», *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, 2 (2012), CEDPE, págs. 87 a 109, esp. pág. 100.

<sup>934</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439.

<sup>935</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 10; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 361; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.



1) Porque la consideración de que la categoría de los administradores comprende tanto a los que lo sean de Derecho como de hecho es ya clásica en nuestro Derecho Penal<sup>936</sup>.

2) Porque la omisión se suple o puede quedar subsanada con la mención a otras categorías, en las que puede encajar el administrador de hecho.

Para algunos autores esta omisión se suple con la genérica mención a los «colaboradores»<sup>937</sup>. Mientras que para otros se subsana con la propia referencia a los «directivos», entendidos como aquellos que ejercen el control o el poder de tomar decisiones<sup>938</sup>.

Desde esta segunda perspectiva, la posible explicación de la omisión puede encontrarse en que uno de los supuestos clásicos de administrador de hecho en el ámbito societario sea, precisamente, la figura del directivo, entendido como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa o bien tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control, de modo que el legislador habría considerado que con la misma ya se da cobertura suficiente a los supuestos de administración de hecho<sup>939</sup>.

3) A estos argumentos se añade un tercero, que está referido expresamente a la redacción del art. 31 bis CP -que recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas- antes de la reforma del Código Penal de 2015.

Mientras el art. 286 bis CP no recogía (ni recoge) la distinción, ésta sí constaba en el art. 31 bis CP. Ello daba lugar a una incongruencia entre ambos preceptos y entre el art. 286 bis CP y el art. 288 CP<sup>940</sup> -que preveía, y prevé actualmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de corrupción entre particulares-. En consecuencia, si el delito de corrupción privada es un delito respecto del que cabe exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, en virtud del art. 288 CP, en relación con el art. 31 bis CP, y

---

<sup>936</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 361; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>937</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>938</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439.

<sup>939</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

<sup>940</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 324, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 674; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 704 y 705.

este último precepto sí mantenía dicha distinción, había que entender lo propio respecto al art. 286 bis CP<sup>941</sup>.

Este argumento ha perdido (aparentemente) vigencia tras la reforma del art. 31 bis CP por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, porque tras ella la redacción del art. 31 bis CP no hace mención expresa a los administradores (ni de hecho ni de Derecho).

Así, antes decía (art. 31 bis.1, párrafo primero):

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho».

Pero ahora dice (art. 31 bis.1, letra a):

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Ahora bien, como indicábamos, la pérdida de vigencia de este argumento es aparente, porque en realidad, a nuestro juicio, la reforma de 2015 viene a reforzar la idea de que en el art. 286 bis CP se debe considerar incluido tanto el administrador de hecho como de Derecho. Ello es así, porque ahora el art. 31 bis CP no efectúa mención alguna al administrador, pero, pese a no utilizar nominalmente esta categoría, lo que hace es definir la categoría de administrador en la letra a) de su número 1. No se puede entender de otra manera la mención a «sus representantes legales» o las personas que «actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma». Es decir, en esta definición se incluye a los administradores, ya sean de hecho o de Derecho.

---

<sup>941</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 361.

Ambas categorías conceptuales se encuentran incluidas de tal manera en el art. 31 bis CP, sin que sea preciso que expresamente se utilice el *nomen iuris* de administrador de hecho y de Derecho. El modo de salvar la posible incongruencia con el art. 286 bis CP (derivada de la posición -excesivamente apegada a la redacción legal- que entiende que sólo incluye al administrador de Derecho) es entender que en éste también se incluyen ambas categorías.

### **3.3. Toma de postura**

A nuestro juicio, la mención «administradores» del art. 286 bis CP comprende al que lo sea de hecho y de Derecho, especialmente porque compartimos la idea de que ya es propio de nuestro Derecho Penal que tal término comprende ambas categorías; y porque, como ya hemos explicado, así se salva la posible incoherencia entre los arts. 31 bis y 286 bis CP.

#### **3.3.1. Administrador de Derecho**

El administrador de Derecho es la persona que ostenta la administración de la entidad mercantil o está incluida en su órgano de administración, porque ostenta facultades de gestión y representación de la misma, en virtud de un nombramiento que reúne todos los requisitos y formalidades exigidas por legislación mercantil.

De tal manera que, en este caso, debemos acudir a dicha legislación y a los distintos supuestos de administración que recoge. Así, el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, al tratar la administración y representación de la sociedad, incluye las siguientes posibilidades:

a) Un administrador único, que ostenta la gestión y representación de la sociedad exclusivamente.

b) Varios administradores que actúan con carácter solidario, de manera que individualmente ostentan, cada uno de ellos, la gestión y representación de la sociedad.

c) Dos administradores que actúan de forma mancomunada, de manera que ambos, en conjunto, ostentan la gestión y representación de la sociedad.

d) Un Consejo de Administración, con un mínimo de tres miembros.

e) Un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros, que actuará colegiadamente, con la posibilidad de que los estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (Consejeros Delegados).

### **3.3.2. Administrador de hecho**

Mayores problemas plantea la determinación de cuándo nos encontramos ante un administrador de hecho. En este sentido, caben dos concepciones.

En primer lugar, existe una concepción estricta, según la cual el administrador de hecho es aquella persona que ha sido nombrada como tal, si bien este nombramiento no es válido por concurrir alguna irregularidad de tipo formal. Se trata de los casos, por ejemplo, en los que se produce un nombramiento defectuoso, no inscrito, no aceptado, caducado o nulo. Esta teoría se centra en la relación interna entre administrador y sociedad, de manera que existe entre ambos una relación que no es perfecta desde punto de vista formal.

Por otra parte, existe otra concepción más amplia, que también considera como administrador de hecho a la persona que ejerce efectivamente funciones de administración y está en una posición desde la que tiene capacidad real para lesionar el bien jurídico protegido por la norma penal.

No atiende a la relación interna entre administrador y sociedad sino a la relación externa entre administrador y bien jurídico protegido. Por ello, exige que la persona haya asumido y ejercido de hecho la posición de administrador, entendiendo que ejercita aquellas funciones de administración a partir de las cuales ostenta una posición que le permite atacar el jurídico protegido.

Esta segunda posición es la que sigue nuestra jurisprudencia. Así, las SSTs, Sala 2ª, nº 816/2006, de 26 de julio, y nº 598/2012, de 5 de julio, indican:

«Por administradores “de derecho” se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los “de hecho” serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que

ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra».

#### 4. Empleado

El término empleado incluye a las personas que tienen una relación laboral con la empresa<sup>942</sup>. Es decir, aquellas que desempeñan una actividad laboral de cualquier tipo en la entidad, por tanto, un trabajo por cuenta ajena remunerado por la misma<sup>943</sup>. Si bien, la limitación de la conducta típica a actos de favorecimiento en la adquisición de mercancías y prestación de servicios, supone que la función que desempeñen tiene que estar relacionada con la toma de decisión ilegítima que se pretende obtener<sup>944</sup>.

Ello ocasionará que, para que un empleado sea responsable de un delito de corrupción privada debe tener cierta capacidad de decisión en la adquisición de bienes o en la contratación de servicios<sup>945</sup>; por lo que, normalmente, sólo empleados de nivel alto o medio puedan realizar el tipo<sup>946</sup>.

#### 5. Colaborador

El concepto de colaborador es sumamente vago e impreciso y el tipo penal no ofrece ninguna pauta para concretar su contenido, por lo que ha merecido la crítica doctrinal por su incompatibilidad con el principio de legalidad<sup>947</sup>. Además, la Decisión Marco 2003/568, de 22 de julio, se

---

<sup>942</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante...*, ob. cit., pág. 396; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 29.

<sup>943</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>944</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626; quien en un ejemplo expresivo indica que si entendemos el término empleado literalmente, cabría incluir desde el presidente de la compañía hasta su último ordenanza.

<sup>945</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 29.

<sup>946</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 224.

<sup>947</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 324, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 675; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230; MESTRE DELGADO, E., «Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal», *La ley penal*, nº 61, 2009, págs. 5 y ss.; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 3.

circunscribe, en materia de sujetos, a aquellos que desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo, por lo que al incluir también al colaborador se amplía el círculo de sujetos activos<sup>948</sup>.

En todo caso, como notas definitorias de este concepto, podemos citar las siguientes:

1) Debe tratarse de «personal externo»<sup>949</sup> a la entidad, en el sentido de personas que no pertenecen propiamente a la empresa u organización<sup>950</sup>. En este sentido, se ha definido -casi por exclusión respecto a las otras categorías- como cualquier otra persona que no tenga relación laboral, de apoderamiento, o de representación con la organización<sup>951</sup>.

Si se trata de un colaborador dependiente del empresario, la figura está ya cubierta por las otras posibilidades planteadas en el propio precepto, sobre todo cuando se refiere al «empleado»; por eso, el término debe referirse al colaborador independiente, esto es, a quien no ostenta la condición de empleado o trabajador vinculado al empresario por una relación laboral<sup>952</sup>.

2) Ha de existir una relación entre el colaborador y la entidad, en virtud de la cual se le considere sujeto activo del delito.

La naturaleza de tal relación debe ser entendida en sentido amplio, pudiéndose tratar de una relación de prestación de servicios<sup>953</sup> o de realización de labores por encargo de aquella<sup>954</sup>; o por tener poderes para actuar en nombre de la empresa en determinadas operaciones mercantiles<sup>955</sup>. En todo caso, dada la indefinición legal, la relación puede ser remunerada o gratuita y no

---

<sup>948</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 324, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 675; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11.

<sup>949</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476.

<sup>950</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100.

<sup>951</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante...*, ob. cit., pág. 396.

<sup>952</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 423 y 424; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 361.

<sup>953</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 423 y 424; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 361; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 29.

<sup>954</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439.

<sup>955</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

necesariamente debe ser habitual o estable<sup>956</sup>, pudiendo ser meramente puntual<sup>957</sup>.

3) El colaborador debe tener un poder de decisión en el marco de una función, relacionada con la toma de decisión ilegítima que se pretende obtener<sup>958</sup>. Ha de tener una cierta capacidad de influencia en el seno de la entidad, que habrá de conectarse con la capacidad de contratación<sup>959</sup>, en cuyo marco se comete la acción punible.

De esta manera, se restringe el alcance del término si se vincula a la capacidad de influir sobre la decisión en favor de una u otra opción (en relación con la adquisición de productos o contratación de servicios)<sup>960</sup>.

Teniendo en cuenta estas notas definitorias, la doctrina pone como ejemplos de «colaborador» a efectos del tipo penal: i) a los agentes comerciales, los asesores fiscales o legales, consultores y, en general a aquellos profesionales que, sin pertenecer a la plantilla de la empresa, actúan a favor de la misma y en su representación<sup>961</sup>; ii) a todos aquellos que prestan, continua o puntualmente, labores de asesoramiento o de representación comercial<sup>962</sup>; iii) a los abogados, asesores o auditores<sup>963</sup>; iv) al técnico que ha contratado una empresa para que le asesore en una determinada compra de productos<sup>964</sup>; v) a los trabajadores autónomos que presten servicios para ella<sup>965</sup>; o vi) asesores y agentes comerciales<sup>966</sup>.

## 6. Exclusión de determinados sujetos

---

<sup>956</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 423 y 424; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 361; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100.

<sup>957</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439.

<sup>958</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626.

<sup>959</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 9.

<sup>960</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 22.

<sup>961</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 29.

<sup>962</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221.

<sup>963</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626.

<sup>964</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476.

<sup>965</sup> ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>966</sup> VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas...», ob. cit.

En relación con el delito de corrupción privada pasiva y los sujetos que pueden cometerlo, es preciso destacar que el tipo penal no hace mención expresa a los socios de la entidad ni al propio empresario.

### **6.1. Exclusión del socio**

El tipo penal no contiene al socio entre los sujetos activos, ya que se refiere al directivo, empleado, administrador y colaborador del empresario.

Algún autor considera que el socio mayoritario que presiona sobre los administradores de Derecho, para que elijan una determinada opción comercial, puede ser considerado administrador de hecho, y como tal incluido en el tipo penal<sup>967</sup>. Para otros, una interpretación amplia del tenor literal del precepto podría admitir la inclusión del socio en el concepto de colaborador, si bien se reconoce que se trataría de una interpretación excesiva<sup>968</sup>.

La doctrina mayoritaria considera que, ante la falta de mención expresa, el socio no puede cometer este delito, dado que no es equiparable la condición de socio a la de los sujetos incluidos en el precepto: no es directivo, empleado, administrador y, ni siquiera, colaborador del empresario<sup>969</sup>; por lo que queda excluido de la corrupción pasiva<sup>970</sup>.

Esta posición es, *a priori*, la correcta, ya que ha de hacerse la salvedad de que confluya en la misma persona la condición de socio y alguna de las condiciones señaladas en el precepto, siendo imputable entonces por la última de las condiciones<sup>971</sup>.

### **6.2. Exclusión del empresario**

#### **6.2.1. En general**

El empresario tampoco es citado dentro del círculo de posibles autores del delito de corrupción privada pasiva. Entendiendo por empresario a aquellas personas físicas o jurídicas que, por sí o por medio de representantes, ejercitan en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de

---

<sup>967</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221.

<sup>968</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11.

<sup>969</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11.

<sup>970</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 426; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 32.

<sup>971</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 32.



bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad. En consecuencia, es factible que en el desarrollo de tal actividad el titular de la empresa reciba una dádiva para favorecer a otra, en perjuicio de terceros competidores. Así sucedería si el empresario entabla una relación comercial, cuyo fundamento se halla en una ventaja ofrecida u otorgada por la contraparte, en la medida en que la aceptación de tal relación comercial excluya relaciones con otros empresarios, que compiten con quien ofrece u otorga la ventaja. Por lo que llama la atención que en el listado de posibles sujetos activos del delito de corrupción pasiva no se haya incluido, de forma expresa, la figura del empresario<sup>972</sup>.

Precisamente, esta ausencia de mención al empresario es uno de los principales argumentos para negar que la competencia sea el bien jurídico protegido por este delito, al recaer, justamente, en el empresario las obligaciones derivadas de una competencia justa y leal<sup>973</sup>. Al no incluir al empresario, cabría pensar que no se sigue el modelo asentado exclusivamente en el bien jurídico de la competencia, sino que se discurre hacia un modelo patrimonialista (orientado a la protección del patrimonio del titular de la empresa) o incluso hacia un modelo de infracción de deberes, en el que el núcleo del delito estriba en la clandestinidad del soborno -a espaldas del titular de la empresa-, antes que en el soborno en sí mismo considerado y en su afectación a la competencia<sup>974</sup>.

La doctrina ha puesto de manifiesto la incongruencia que existe en este punto, dado que si el legislador persigue proteger la competencia justa y honesta, no se entiende que se castigue la conducta del empleado que acepta un soborno, pero no esa misma conducta cuando la realiza el titular del negocio, si tenemos en cuenta que esta última conducta puede ser tan lesiva para el bien jurídico -competencia- como la otra; y, además, los empresarios son -principalmente- los sujetos a los que van referidas las leyes protectoras de la competencia<sup>975</sup>.

---

<sup>972</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 31.

<sup>973</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 34; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 123; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 557 (quien señala que sólo los ataques a la competencia que, a su vez, comporten infracción del deber de lealtad para con el principal, resulten punibles).

<sup>974</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 384; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 704.

<sup>975</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., págs. 12 y 14; PUENTE ABA, L. M., «Tutela penal del inversor...», ob. cit., pág. 102.

En principio, podría pensarse que la exclusión del empresario es razonable porque goza de una libertad de decisión y gestión empresarial, que no es compatible con un deber genérico de decidir en el ámbito de la gestión de su actividad de manera objetiva, neutral o eficiente en términos de mercado, pues en nuestro ordenamiento no existe una base para ello<sup>976</sup>. Pero esta afirmación se debe matizar cuando se observa que el ordenamiento sí le dirige determinados mandatos y prohibiciones específicos de actuar de manera respetuosa con la competencia -a través de las disposiciones reguladoras de tal ámbito-<sup>977</sup>.

En esta medida, la exclusión no resulta justificada desde la perspectiva del bien jurídico que se pretende proteger <sup>978</sup>, porque realiza un comportamiento tan lesivo como el que puedan llevar a cabo sus directivos, administradores, empleados o colaboradores<sup>979</sup>.

### **6.2.2. La discusión doctrinal**

A la hora de afrontar el silencio del tipo sobre esta cuestión, la doctrina ha aportado diversas interpretaciones.

#### **6.2.2.1. La impunidad de la conducta del empresario**

La primera interpretación posible es entender que, ante la no inclusión del empresario en las categorías típicas, resulta que la conducta corrupta del empresario es penalmente impune<sup>980</sup>. Para ello se esgrimen diversas razones, como son las siguientes:

1) No es un autor idóneo, por no estar mencionado en el texto legal entre los que pueden ser autores<sup>981</sup>.

2) El legislador, atendiendo al principio de fragmentariedad, ha decidido que la corrupción no se sanciona en este caso<sup>982</sup>.

---

<sup>976</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., págs. 12 y 13.

<sup>977</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 13.

<sup>978</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 22; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 324, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 675; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 149; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación...», ob. cit., pág. 108.

<sup>979</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 22; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17.

<sup>980</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>981</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 159 y 160.

3) Se trata de un error del legislador<sup>983</sup> o de un olvido por su parte<sup>984</sup>, que provoca la impunidad de su conducta y no permite la tutela completa del bien jurídico<sup>985</sup>.

4) No se ha incluido al empresario porque, precisamente, el tipo penal busca protegerle<sup>986</sup>. En este caso se trata de la vertiente doctrinal que entiende que el tipo penal es pluriofensivo y protege tanto la competencia leal como los intereses de la empresa.

5) El redactor de la norma ha querido proyectar el tipo sobre organizaciones empresariales de calado, que demanden la presencia de administradores o directivos<sup>987</sup>. En cuyo caso la exclusión del empresario permite, como efecto deseable, dejar fuera del tipo especialmente a empresas familiares y pequeños negocios, en los que el titular es claramente identificable<sup>988</sup>. Sin embargo, en las grandes sociedades mercantiles, esa personalización, como perceptor de la ventaja indebida, no resulta, criminológicamente hablando, tan factible, pues no es fácil imaginar que todos los socios (titulares de la sociedad) sean los perceptores del beneficio.

#### **6.2.2.2. La inclusión del empresario en las categorías típicas**

La segunda interpretación consiste en solventar la ausencia de la mención al empresario por vía interpretativa, para acabar incluyéndolo en el tipo.

Esta posición entiende que el término «empresario» puede entenderse incluido bien en el término «administrador» o bien en el de «directivo»<sup>989</sup>. Para entender que la mención al «directivo» incluye al empresario<sup>990</sup> se acude al

---

<sup>982</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476.

<sup>983</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>984</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19 y nota 50.

<sup>985</sup> MIRÓ LLINARES, F., «Capítulo vigésimo. Delitos contra los bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma Penal», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, ob. cit., págs. 613 a 658, esp. pág. 653.

<sup>986</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 31.

<sup>987</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>988</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 22.

<sup>989</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 32.

<sup>990</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 150; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 149. Cfr. MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 439.

sentido gramatical del término (que tiene facultad o virtud de dirigir, es decir, tiene poder de dirección) y a su sentido funcional (que tiene cierta capacidad de decisión)<sup>991</sup>. O a razones de coherencia sistemática, ya que no tendría fácil explicación que pudiera ser inculcado el administrador (este sí comprendido en la descripción típica) y, a su vez, socio único de una sociedad unipersonal y, por el contrario, no pudiera serlo el empresario individual, cuando la afectación al bien jurídico protegido puede acaecer de igual modo en ambas formas de titularidad negocial<sup>992</sup>. Incluso, no se ha considerado preciso incluir al empresario dentro de alguna de las categorías específicas del tipo, ya que dentro de la indeterminación en la enumeración de los sujetos activos es perfectamente interpretable que el empresario forma parte de ellos<sup>993</sup>.

#### **6.2.2.3. Las formas de participación en el delito**

Una tercera interpretación doctrinal acude a las formas de participación en el delito para entender incluido al empresario en el delito del art. 286 bis CP<sup>994</sup>. Desde esta perspectiva, no podrán ser autores, pero si el titular de la empresa hubiera influido en el directivo, administrador, empleado o colaborador se deberá considerar la posibilidad de la inducción<sup>995</sup>. Es decir, si el empresario diera instrucciones en el sentido de admitir las ventajas podría considerarse inductor; o, incluso, si solamente tolerara tales actuaciones sería partícipe por omisión, si se entendiera que el empresario tiene la obligación de intervenir frente a los delitos de sus empleados<sup>996</sup>.

#### **6.2.2.4. El empresario persona jurídica**

Finalmente, se sostiene que en la medida en que se prevé la responsabilidad de la persona jurídica para este delito, se está incluyendo, por esta vía, a los empresarios en el círculo de sujetos activos<sup>997</sup>. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, previó la posibilidad de que fuera responsable de este delito una persona jurídica, de modo que si se puede derivar la responsabilidad del soborno del directivo o del administrador hacia la persona jurídica en cuyo provecho actúa, es decir, hacia la empresa/empresario, por esta vía se está incluyendo a éstos dentro del círculo de sujetos activos.

---

<sup>991</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 149.

<sup>992</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 149.

<sup>993</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>994</sup> BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción...», ob. cit., pág. 135.

<sup>995</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 159 y 160.

<sup>996</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 34; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19 y nota 50. En contra de esta tesis, véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 171.

<sup>997</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

Si bien ello puede ser así, se califica de incongruente la exclusión del ámbito de los sujetos responsables de los socios o titulares de las empresas o entidades que operen en los mercados, para después extender dicha responsabilidad a las personas jurídicas en cuya representación o administración actúen las posibles personas físicas que intervienen en los actos de soborno<sup>998</sup>.

### **6.2.3. Toma de postura**

Como ya hemos indicado anteriormente al tratar sobre el bien jurídico protegido, a nuestro juicio, que el tipo penal no recoja al empresario como sujeto activo en la modalidad de corrupción pasiva no impide que ese bien jurídico sea la competencia; sino que, en realidad, es una incongruencia del legislador, porque no ha querido llevar el sistema de protección penal de la competencia hasta sus últimas consecuencias. Nada impediría que el empresario fuera incluido en el catálogo de sujetos, ya que también puede alterar la competencia mediante la recepción de sobornos, pero en nuestro ordenamiento no se ha querido actuar legalmente en tal sentido, ya sea por un simple olvido o por una cuestión de política criminal.

Posiblemente en este campo haya tenido excesivo peso el tenor de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de cuya incorporación a nuestro ordenamiento surge este delito, porque ya hemos visto -al hablar del directivo- que su artículo 2, al definir la corrupción activa y pasiva en el sector privado, hace mención al sujeto que recibe la dádiva o soborno con la expresión persona que desempeñe «funciones directivas o laborales»; expresión en la que no cabe incluir al empresario. Además, el citado artículo 2 además añade que esa persona debe desempeñar tales funciones «para una entidad del sector privado», con lo cual es esta entidad la que reúne la condición de empresario.

En todo caso, entendemos que dentro de la dicción legal del catálogo de sujetos activos del delito de corrupción pasiva no cabe incluir al empresario, precisamente porque el citado catálogo se compone de personas dependientes o subordinadas al mismo. Pero ello no supone que la conducta del empresario, que solicita o recibe sobornos para preferir a un competidor frente a otros, sea impune en todos los casos, ya que bien pueden entrar en juego las formas de participación en el delito o la responsabilidad penal de las personas jurídicas (cuando el empresario tenga tal condición).

---

<sup>998</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 324; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 675.

## 7. Entidades con las que el sujeto activo debe guardar relación

Conforme al artículo 286 bis CP, el sujeto activo del delito no sólo debe incluirse en una categoría concreta en el seno de una entidad, sino que ésta ha de tener una determinada forma.

### 7.1. Antes de la reforma de 2015

La redacción inicial del delito -derivada de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio- consideraba que los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» debían serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización». La utilización de todos estos términos era redundante y superflua, en la medida en que, además de «empresa mercantil», se refería a formas asociativas que estaban conceptualmente incluidas en tal término de «empresa mercantil»<sup>999</sup>.

La doctrina entendía que el ámbito de las entidades incluidas era amplísimo. El mínimo exigible era que se tratara de una asociación de personas que interviniera en la vida económica intercambiando prestaciones y contraprestaciones de contenido económico<sup>1000</sup>. Ante la amplitud del precepto, se postulaba una reducción de su extensión, considerando que únicamente serían idóneas aquellas entidades que por su actividad o fin intervinieran activa o pasivamente en el mercado alterando las reglas de la competencia o, al menos, comprometiéndolas<sup>1001</sup>.

Por otra parte, el tipo utilizaba la categoría de «organización», como algo diferente de la sociedad, asociación o fundación. Sus contornos eran difusos y se trataba de una especie de cláusula de cierre, que podía contener en tal concepto -calificado como confuso y falto de precisión y tecnicismo<sup>1002</sup> o como «cajón de sastre»<sup>1003</sup>- cualquier agrupación de personas, físicas o jurídicas. Ni siquiera exigiría que la misma tuviera personalidad jurídica propia<sup>1004</sup>.

---

<sup>999</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 160.

<sup>1000</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 160.

<sup>1001</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 234.

<sup>1002</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 11.

<sup>1003</sup> MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 361.

<sup>1004</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 3; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 30; ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

La referencia a la «organización» permitía incluir en el tipo penal a las cooperativas<sup>1005</sup> e incluso a las comunidades de bienes<sup>1006</sup>.

## **7.2. Después de la reforma de 2015**

### **7.2.1. Entidades incluidas**

La reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incide en este aspecto y ahora el tipo penal indica que los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» han de serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad». En consecuencia, antes de la reforma de 2015 las formas posibles eran empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización; y desde la reforma de 2015 esas formas son, según el art. 286 bis CP, empresa mercantil y sociedad. Con ello, parecería que la reforma ha restringido la aplicación del tipo, en la medida en que reduce las posibles entidades en cuyo seno puede cometerse este delito<sup>1007</sup>. Sin embargo, esta restricción se ve mitigada, dado que la misma reforma introduce un número 5 en el art. 286 bis CP, con el siguiente contenido:

«A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297».

El citado art. 297 CP, señala:

«A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

En consecuencia, tras la reforma de 2015 las formas posibles son empresa mercantil, sociedad, cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito y fundación. A ellas se añaden aquellas de análoga naturaleza según el art. 297 CP. El término organización ha desaparecido en la reforma de 2015 (ni se incluye en el art. 286 bis CP ni en el art. 297 CP).

---

<sup>1005</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 11.

<sup>1006</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante...*, ob. cit., pág. 395.

<sup>1007</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 570.

El concepto de «sociedad» ha de referirse tanto a sociedades de carácter civil como mercantil<sup>1008</sup>. Se extiende a entidades que no tengan naturaleza mercantil, pues intervienen con relevancia apreciable en el mercado al hallarse en disposición de adquirir cantidades de bienes o de servicios<sup>1009</sup>.

Por tanto, abarca la sociedad civil (art. 1665 del Código civil) y, de conformidad con el artículo 122 del Código de Comercio y el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad regular colectiva, la comanditaria - simple o por acciones-, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada<sup>1010</sup>. Pero también pueden incluir otras formas societarias, como las sociedades de garantía recíproca y las Sociedades Profesionales; o las agrupaciones de interés económico, las sociedades laborales y las deportivas<sup>1011</sup>. Tampoco existen dificultades para incluir la sociedad irregular y la transitoria, constituida para una única operación<sup>1012</sup>.

La referencia a la «organización» permitía, como ya hemos dicho, incluir en el tipo penal, antes de la reforma de 2015, a las cooperativas, pero ahora las mismas ya están expresamente incluidas por la remisión al art. 297 CP.

### **7.2.2. Entidades de análoga naturaleza**

Como ya se ha dicho, el art. 297 CP indica que se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil «o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

La cuestión es qué se entiende por entidad de análoga naturaleza. Según la redacción del precepto, lo será una entidad que reúna, de manera cumulativa, dos condiciones: i) que sea de de análoga naturaleza a la cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación y sociedad mercantil; y ii) que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

---

<sup>1008</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 9; PUENTE ABA, L. M., «Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (director) y MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO (Coordinadoras), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 915 a 922, esp. pág. 919.

<sup>1009</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 149.

<sup>1010</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 30.

<sup>1011</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante...*, ob. cit., pág. 394.

<sup>1012</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 160.



Respecto a la analogía con las formas específicas que recoge el artículo 297 CP, son factibles dos interpretaciones: la primera, más amplia, es que el elemento análogo lo constituye el hecho de que todas ellas son agrupaciones de personas que se asocian para obtener un fin común; y la segunda, más restrictiva, consiste en que se tratan todas ellas de entidades con personalidad jurídica propia. La diferencia es que en un caso no se exige la existencia de personalidad jurídica propia (basta con la mera agrupación de personas dirigidas a un fin) y en el otro sí se exige, para determinar la análoga naturaleza.

A nuestro juicio, la interpretación adecuada es la segunda, ya que el legislador ha decidido referirse a un listado específico de formas concretas de entidades y ha eliminado el término «organización». Y del listado heterógeno al que acude y en el que las entidades referidas guardan escasa relación entre sí, resulta que todas ellas son entidades con personalidad jurídica propia.

Respecto al elemento de que se trate de entidades que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado, también son factibles dos interpretaciones: la primera, más amplia, es que basta con que la entidad (sea cual sea su fin, ya sea lucrativo o no) participe en el mercado adquiriendo bienes y servicios; y la segunda, más restrictiva, que se debe tratar de entidades cuyo fin sea lucrativo, ya que ese es, precisamente, el fin que da sentido a su participación de modo permanente en el mercado.

A nuestro juicio, la interpretación adecuada también es la segunda, ya que si una entidad debe participar de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines, es que su fin es lucrativo.

### **7.3. Supuestos discutidos**

#### **7.3.1. Las comunidades de propietarios**

Antes de la reforma de 2015, se entendía que el concepto de «organización» incluía a las uniones personales carentes de personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios regidas por la Ley de Propiedad Horizontal<sup>1013</sup>; en la medida en que, si bien carecen de personalidad jurídica, pueden tener capacidad de gestión o de contratación<sup>1014</sup>.

---

<sup>1013</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 11.

<sup>1014</sup> NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 30.

Sin embargo, esta posibilidad queda restringida desde la reforma de 2015, ya que el art. 297 CP se refiere a «cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Entendemos que una comunidad de propietarios regida por la Ley de Propiedad Horizontal no cumple estas condiciones porque: i) no es una entidad de análoga naturaleza a la cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil, porque todas ellas son entidades con personalidad jurídica propia, mientras que la comunidad carece de ella<sup>1015</sup>; y ii) una comunidad de propietarios no participa de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines.

Ello supone que si antes de la reforma podía discutirse si la comunidad podía considerarse una «organización» y el administrador de fincas un «colaborador» de dicha «organización», ahora tal discusión ya no tiene sentido: el tipo ha excluido a tales comunidades<sup>1016</sup>.

### **7.3.2. Entidades sin ánimo de lucro**

Teniendo en cuenta las categorías típicas indicadas, se discute si incluyen a las entidades sin ánimo de lucro.

Según el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999 la conducta ha de desarrollarse en el curso de una actividad mercantil<sup>1017</sup>. Como tal se incluye todo tipo de actividad comercial, en particular el comercio de bienes y prestación de servicios, incluidos los servicios prestados al público (transporte, telecomunicaciones, etc.). Según el Consejo, se excluye deliberadamente cualquier actividad sin ánimo de lucro, llevada a cabo por personas u organizaciones, como asociaciones u otras organizaciones no gubernamentales. Entonces, quedan fuera de este tipo de corrupción las actividades no lucrativas<sup>1018</sup>.

Sin embargo, la Decisión Marco 2003/568/JAI es favorable a su inclusión, ya que, tras definir los delitos de corrupción privada activa y pasiva en su art. 2.1, añade en el art. 2.2, que:

---

<sup>1015</sup> Esta misma consideración se puede efectuar respecto a las comunidades de bienes.

<sup>1016</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 571. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente al tratar el delito de corrupción privada en determinados ámbitos de actividad.

<sup>1017</sup> Ver *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 53.

<sup>1018</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221.

«El apartado 1 se aplicará a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos».

Con anterioridad a la reforma de 2015, la doctrina era prácticamente unánime en entender que las entidades sin ánimo de lucro (por ejemplo ONGs o fundaciones benéficas) quedaban abarcadas por el tipo penal<sup>1019</sup>. Ello en la medida en que estaban incluidas en el concepto de «organización», a los efectos del delito de corrupción en el sector privado. Se entendía que, al margen de sus fines, el tipo se podía interpretar en el sentido de que sólo exigía que las «organizaciones» participaran en el mercado adquiriendo bienes o servicios, siendo indiferente si dicha participación se efectuaba, o no, con ánimo de lucro<sup>1020</sup>. Lo que, por otra parte resultaba coherente con la falta de consideración de la perspectiva patrimonial de la empresa y la orientación a la protección de la competencia que fundamenta el delito<sup>1021</sup>.

Sin embargo, tras la reforma de 2015, la cuestión no puede entenderse tan evidente. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto que con la nueva redacción del delito es cuestionable que las entidades con fines no lucrativos puedan encontrar acogida en el mismo<sup>1022</sup>.

A nuestro juicio, si la entidad tiene la forma de fundación está expresamente incluida en el art. 297 CP, por lo queda abarcada por el delito. Pero el problema se plantea con entes que no tengan forma de fundación y no actúen con fin lucrativo, porque entonces difícilmente se podrán considerar entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado. Aquí puede aparecer una laguna derivada de la reforma de 2015, ya que el artículo 286 bis CP antes de la misma tenía una redacción sumamente amplia, que extralimitaba el criterio del art. 297 CP. Ahora, este exige que se trate en todo caso de una entidad que participe en el mercado de manera permanente para obtener sus fines, de manera que excluye, a nuestro juicio, a las asociaciones sin ánimo de lucro, porque participar de

---

<sup>1019</sup> En contra, ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1020</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 705; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 476; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 221; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 434.

<sup>1021</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151.

<sup>1022</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho Penal Europeo y Legislación Española: las Reformas del Código Penal. Actualizado a la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 117.

modo permanente en el mercado para lograr los fines de la entidad es, en definitiva, desarrollar una actividad comercial o mercantil con un fin lucrativo.

La doctrina se ha mostrado crítica con esta consecuencia de la reforma, visto el contenido del artículo 2.2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, que obliga a aplicar el delito a las actividades de entidades con fines no lucrativos<sup>1023</sup>.

### **7.3.3. Entidades que prestan servicios públicos**

#### **7.3.3.1. En general**

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, quedarían fuera de este delito y entrarían en el campo de aplicación del cohecho, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos. Esta expresión de la voluntad del legislador es de difícil comprensión. Concretamente, el Preámbulo de la citada norma indica:

«Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes».

Es patente que si se trata de una empresa pública en la que sus integrantes son funcionarios públicos, la disciplina aplicable será la del cohecho<sup>1024</sup>. Pero plantea mayores problemas el caso de las empresas privadas que presten servicios públicos.

#### **7.3.3.2. Empresas privadas que prestan servicios públicos**

Un sector doctrinal entiende que, en este caso, debe aplicarse el cohecho, por las siguientes razones.

A los efectos del tipo, no son entidades comerciales los organismos creados por la Administración con el fin de prestar un servicio público (ya sean de naturaleza pública o privada)<sup>1025</sup>. Su actividad no es de naturaleza comercial

---

<sup>1023</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 570.

<sup>1024</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151. Ahora bien, téngase en cuenta que en las empresas públicas puede existir personal laboral, que no es funcionario público.

<sup>1025</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 222.

o de prestación de servicios profesionales o comerciales, sino que difieren de la concepción de prestación de un servicio público.

En segundo lugar, los integrantes de empresas privadas que ejercen servicios públicos colaboran esencialmente en la prestación de un servicio de tal naturaleza, por lo que deben ser considerados funcionarios públicos a efectos penales<sup>1026</sup>. En este caso, sería de aplicación el art. 24.2 CP y su concepción de funcionario público, como toda persona que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

En tercer lugar, las antiguas empresas públicas y monopolios estatales que han sido privatizados deberían quedar fuera del delito del art. 286 bis CP y ser incluidos entre los delitos de cohecho. Ello para mantener la coherencia sistemática con el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, que incluye las empresas privatizadas en su ámbito de incriminación, bajo determinadas condiciones<sup>1027</sup>. Desde esta posición doctrinal, se aplicaría el cohecho porque el art. 1.4, letra a), del Convenio indica que, para los efectos del mismo:

«a) Por "agente público extranjero" se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública»

A su vez, los Comentarios sobre el Convenio<sup>1028</sup>, señalan en su punto 14, que:

«Una "empresa pública" es cualquier empresa, independientemente de su figura legal, sobre la cual un gobierno o gobiernos puedan directa o indirectamente ejercer una influencia dominante. Éste se considera debe ser el caso, *inter alia*, cuando el gobierno, o gobiernos, es el tenedor de la mayor parte del capital suscrito de la empresa, controla la mayoría de los votos suscritos a las

---

<sup>1026</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 222.

<sup>1027</sup> NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 222.

<sup>1028</sup> Comentarios sobre el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

acciones emitidas por la empresa, o puede nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de supervisión, del órgano administrativo o directivo de la empresa».

Sin embargo, un amplio sector doctrinal discrepa de esta conclusión, relativa a la exclusión del tipo del art. 286 bis CP de las empresas privadas que prestan servicios públicos. Parte de la discordancia entre lo señalado en el precepto y lo que refiere el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, ya que mientras que el Preámbulo afirma que el precepto excluye de su ámbito a estas empresas, remitiendo su tratamiento a los delitos clásicos de cohecho, a pesar de que ninguna de las partes tenga la condición legal de funcionario público, el texto del precepto tal y como resultó redactado por tal norma, sin embargo, nada decía al respecto, por lo que la referida remisión de estas empresas al delito de cohecho no resultaría posible<sup>1029</sup>.

Si el art. 286 bis CP no contiene expresamente ninguna exclusión (ni en su redacción inicial ni tras la reforma de 2015), es posible mantener, de acuerdo con su tenor literal, que las empresas privadas que prestan servicios públicos entran en su campo de aplicación y no necesariamente deben remitirse a los delitos de cohecho<sup>1030</sup>. En definitiva, por cumplimiento escrupuloso del principio de tipicidad, también las empresas privadas que prestan servicios públicos estarán sometidas al delito de corrupción entre particulares y no a la disciplina del cohecho<sup>1031</sup>.

Al tenor literal del texto cabe añadir el dato de que las personas que trabajan para las empresas privadas que prestan servicios públicos carecen de la condición de funcionarios y, por lo tanto, difícilmente pueden infringir el deber que vincula a éstos con la Administración<sup>1032</sup>.

En consecuencia, este sector doctrinal considera que los empleados de las empresas privadas que prestan servicios públicos, así como el personal laboral -que no ostenta la condición de funcionario- de las empresas públicas, estarán sometidos al art. 286 bis CP<sup>1033</sup>.

Sobre esta materia en otros países se han adoptado soluciones diversas.

---

<sup>1029</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 619; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>1030</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 362; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1113.

<sup>1031</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1032</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 362.

<sup>1033</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 31.

En el caso de Alemania ya se ha hecho referencia en este trabajo al caso del *Kölner Müllskandal*, en el que se cometieron actos de soborno en relación con una sociedad -AVG- en la que participaban el Ayuntamiento de Colonia y dos empresas privadas, siendo una de las tareas asignadas a dicha sociedad la de la construcción de una planta de incineración de residuos. En este caso, se aplicó el delito de corrupción privada y una de las cuestiones debatidas fue si ello era posible, atendiendo a la composición pública-privada del capital de la sociedad. La sentencia del *BGHSt*<sup>1034</sup> entendió que sí era posible<sup>1035</sup>, porque AVG se dedicaba a una actividad (gestión de residuos) que ha sido siempre considerada como de responsabilidad pública, pero muchas de estas tareas (como las relativas a la gestión de la energía o el agua), después de la liberalización de los mercados, también se proporcionan por empresas privadas, por lo que este criterio no es determinante. Lo relevante, para decidir si una entidad es pública, es que se pueda concluir, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes si, con independencia de la forma de organización -ya sea de Derecho público o privado-, la misma aparece como una «prolongación del Estado»<sup>1036</sup>, por estar sujeta al cumplimiento de funciones públicas y al control estatal.

El *BGHSt* consideró que AVG no podía ser considerada como tal, dado que el capital privado, a través de su participación, tenía tal influencia que podía decidir en las principales decisiones de la empresa; así los socios privados, con su participación del 25,1%, tenían una minoría de bloqueo para decidir sobre los asuntos importantes de la compañía, ya que los estatutos recogían que esos asuntos sólo podían ser decididos por una mayoría de tres cuartos<sup>1037</sup>. A lo que se añadía que tenían reconocido el derecho a designar un representante para el área técnica y uno de los acusados fue el Vicepresidente del Consejo de Administración. En consecuencia, era factible aplicar el delito de corrupción privada.

En Francia, el artículo 445-2 del Código Penal, al regular la figura de la corrupción pasiva, señala que el sujeto del delito es una persona «que, sin estar investida de autoridad pública ni desempeño de un servicio público, ni investido con un cargo público electivo, ejerce, en el marco de una actividad profesional o

---

<sup>1034</sup> *BGHSt* 50, 299.

<sup>1035</sup> *Gründe* II.1.

<sup>1036</sup> La sentencia utiliza literalmente la expresión *verlängerter Arm*, que significa «brazo extendido».

<sup>1037</sup> Concretamente, se trataba de asuntos como la venta de una parte de la entidad, la modificación de estatutos, la destitución de determinados cargos, las decisiones sobre inversión y endeudamiento, la celebración y terminación de determinados contratos o el nombramiento de los auditores externos.

social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica, o cualquier organismo». Es decir, el «sector privado» se define por oposición al «sector público» y se considera que el delito de corrupción privada será de aplicación a las personas que, llevando a cabo negocios en el sector público, no son depositarias de la autoridad pública o encargadas de un servicio público; esto es, los empleados de empresas estatales que operan en el sector competitivo de acuerdo con las normas del Derecho privado<sup>1038</sup>.

A nuestro juicio, dada la redacción del art. 24.2 CP, que considera funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente «participe en el ejercicio de funciones públicas», es de difícil aplicación el delito de corrupción privada. El concepto es tan amplio y extensivo que la regulación aplicable será la del delito de cohecho.

Esta concepción amplia también es asumida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS, Sala 2ª, nº 1590/2003, de 22 de abril, considera funcionario público a un integrante de una empresa con forma jurídico privada que participa en el ejercicio de funciones públicas (concretamente, sus funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales). En tal sentido, la sentencia indica:

«Está admitido que el Estado puede actuar mediante sociedades estatales revistiendo formas jurídico privadas, por considerarse que de esa manera se gestiona más adecuada y eficazmente los intereses generales, situación que se presenta en este caso, que para gestionar intereses generales se buscó la creación de una empresa con la forma de sociedad anónima».

## **2. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA**

Mientras que se ha dicho que los sujetos pasivos del delito de corrupción privada pasiva son los competidores<sup>1039</sup>, que confiaban en que se respetarían las reglas preestablecidas<sup>1040</sup>; a nuestro juicio, el sujeto pasivo de

---

<sup>1038</sup> *Circulaire de présentation...*, ob. cit., pág. 4.

<sup>1039</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 636.

<sup>1040</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17.



este delito sigue siendo la comunidad (como en el caso de la modalidad activa), al ser la titular del bien jurídico protegido.

## CAPÍTULO OCTAVO. LA CONDUCTA TÍPICA

### I. INTRODUCCIÓN

En la redacción inicial del art. 286 bis CP, la conducta típica del delito de corrupción entre particulares consistía en prometer, ofrecer o conceder (corrupción activa) o recibir, solicitar o aceptar (corrupción pasiva) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, incumpliendo «sus» obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Además, se debía actuar «para favorecer al sujeto corruptor o a un tercero frente a otros» (corrupción activa) o «con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja» (corrupción pasiva).

Tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la conducta típica ha experimentado una importante modificación; de manera que ahora consiste en prometer, ofrecer o conceder (corrupción activa) o recibir, solicitar o aceptar (corrupción pasiva) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, «como contraprestación» para favorecer «indebidamente»: o i) al sujeto corruptor o a un tercero frente a otros (corrupción activa); o ii) a otro (corrupción pasiva); y en ambos casos «en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales»<sup>1041</sup>.

Como se observa, se mantienen elementos comunes entre ambas redacciones típicas, como son: i) los verbos nucleares de los tipos penales, esto es, prometer, ofrecer o conceder (corrupción activa) o recibir, solicitar o aceptar (corrupción pasiva); y ii) el elemento de beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados. Pero, la nueva redacción legal supone importantes modificaciones, como las siguientes:

1) Se elimina el elemento típico del «incumplimiento de obligaciones», que planteaba problemas respecto al bien jurídico protegido, respecto a qué persona debía incumplir las obligaciones y sobre cuáles eran las obligaciones que se debían incumplir.

2) Se indica expresamente que la dádiva o soborno se promete, ofrece o concede (corrupción activa) o se recibe, solicita o acepta (corrupción pasiva)

---

<sup>1041</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, ob. cit., pág. 50, indica que la estructura típica, tras la reforma, solamente requiere la prueba del soborno, pero que no sea precisa la prueba de ninguna conexión causal (o de imputación) con la realización de alguna acción por parte de otra persona.

«como contraprestación para favorecer indebidamente» a otro (se entiende que frente a sus competidores); mientras que en la redacción anterior se decía que se prometía, ofrecía o concedía o se recibía, solicitaba o aceptaba «para favorecer» o «con el fin de favorecer» frente a terceros.

3) Se amplía el ámbito del delito a todo tipo de servicios (no sólo respecto a los servicios profesionales) y a las relaciones comerciales en general.

Es opinión dominante que el delito del art. 286 bis CP ha sido estructurado como de peligro abstracto<sup>1042</sup>. Además, todas las acciones descritas se contemplan como alternativas, de modo que basta la comisión de una de ellas para que el delito se entienda consumado<sup>1043</sup>. El delito se configura con independencia de quién asuma la iniciativa y de que efectivamente se llegue a entregar u obtener la ventaja o beneficio injustificado o el favorecimiento buscado u ofrecido como contraprestación<sup>1044</sup>. Tampoco es necesario para la consumación del delito que se cause un perjuicio a la entidad para la que presta sus servicios la persona sobornada.

Por otra parte, se incluyen en el tipo todas las posibles formas o modalidades de un posible o potencial acuerdo corrupto<sup>1045</sup>. Con ello no se quiere decir que el acuerdo de los sujetos sea necesario para la consumación, sino que se habla de «posible o potencial acuerdo» para indicar que se incluyen los actos de todas las fases por las que puede atravesar el mismo, desde la iniciativa unilateral de uno de los sujetos intervinientes<sup>1046</sup> (la iniciativa unilateral -mera promesa o solicitud- ya supone la consumación).

La amplitud de la conducta típica supone un adelantamiento de la barrera punitiva; lo que demuestra el esfuerzo legislativo por buscar la simetría entre la corrupción privada y la pública<sup>1047</sup>.

---

<sup>1042</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 325, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 675 y 676; y CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 236.

<sup>1043</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>1044</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 325; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 675 y 676.

<sup>1045</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 325; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 675 y 676.

<sup>1046</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>1047</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 236. Aunque este autor critica que tal equiparación parte (equivocadamente) de la base de que la libre formación de la competencia en el mercado y la probidad e imparcialidad de los que ejercen la función pública son bienes jurídicos equivalentes o análogos.

## **II. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Los elementos de la conducta típica en la redacción inicial del delito, en su modalidad pasiva, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, eran los siguientes (art. 286 bis.2 CP): i) recibir, solicitar o aceptar; ii) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados; iii) con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja; y iv) incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

Sin embargo, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los elementos de la conducta típica han variado. Ahora son (art. 286 bis.1 CP): i) recibir, solicitar o aceptar; ii) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados; iii) como contraprestación para favorecer indebidamente a otro; y iv) en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

### **2. RECIBIR, SOLICITAR O ACEPTAR**

Los verbos típicos del delito de corrupción privada pasiva son recibir, solicitar y aceptar. Se trata de un tipo mixto alternativo, en el que basta con la realización de una sola de las conductas descritas en el tipo para su consumación<sup>1048</sup>.

«Recibir» significa gramaticalmente, según el Diccionario de la Real Academia Española, «tomar lo que le dan» y «hacerse cargo de lo que le dan». Es sinónimo de admitir y aceptar. Supone, por tanto, la efectiva admisión del beneficio o ventaja no justificados y conlleva el previo o simultáneo acuerdo entre ambos sujetos (a diferencia de la acción de solicitar)<sup>1049</sup>.

«Solicitar» significa, gramaticalmente, «pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado». En el ámbito de la corrupción privada supone emitir una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por la que se manifiesta la

---

<sup>1048</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 14.

<sup>1049</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 363.

disposición a recibir un beneficio o ventaja indebida, no requiriendo que entre ambos sujetos se llegue a un acuerdo para afirmar la consumación del delito<sup>1050</sup>.

En el caso de la solicitud de una dádiva o ventaja, la distinción entre la corrupción activa y la pasiva se desdibuja, porque quien toma la iniciativa es el sujeto activo de la corrupción privada pasiva. Ya no puede decirse que ese sujeto se limite a aceptar o recibir lo prometido, concedido u ofrecido, esto es, que se limite a tener una actitud pasiva o de espera, sino que es él quien efectúa una petición, quien actúa de manera activa y hace nacer en el otro la idea de tener que entregar o conceder el soborno<sup>1051</sup>. Ello, evidentemente, afectará a la consumación del delito.

«Aceptar» significa «recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga». La doctrina considera que la aceptación del beneficio o ventaja no justificada no exige ninguna forma particular, por lo que puede producirse una aceptación expresa o bien una aceptación simplemente tácita, llevada a cabo por medio de actos concluyentes; y no es precisa la efectiva recepción del beneficio o ventaja para entender consumado el delito<sup>1052</sup>.

Aunque algún autor considera que la aceptación significa admitir la oferta de futuras ventajas o beneficios<sup>1053</sup>, a nuestro juicio, nada impide que el verbo típico se interprete en el sentido de aceptación del beneficio o ventaja en sí (no de su promesa) y con anterioridad al acto de favorecimiento.

### **3. BENEFICIO O VENTAJA DE CUALQUIER NATURALEZA NO JUSTIFICADOS**

Este elemento típico supone determinar: i) qué es un beneficio o ventaja; ii) qué supone que sea de cualquier naturaleza; y iii) cuándo un beneficio o ventaja se consideran no justificados.

#### **1. Concepto de «beneficio o ventaja»**

Ambos términos tienen un amplio y multívoco significado desde un punto de vista gramatical. «Beneficio» se define, en el Diccionario de la Real

---

<sup>1050</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 363.

<sup>1051</sup> Por eso, algún autor considera que este es un supuesto de corrupción activa; NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante...*, ob. cit., pág. 397.

<sup>1052</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 363.

<sup>1053</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 363.

Academia, como «ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil»; pero también es la acción de «beneficiar» (una de cuyas acepciones es «sacar provecho de algo o de alguien») y es un término sinónimo de utilidad o provecho.

Por otra parte, «ventaja» tiene diversas acepciones y la que es más aplicable al caso es la de «superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa».

Pese a los posibles matices gramaticales, entre beneficio y ventaja no existe una diferencia sustancial, en la medida en que ambas expresiones tienen un significado típico similar, pues toda ventaja es un beneficio<sup>1054</sup>.

En todo caso, el legislador opta decididamente por ampliar el concepto tradicional de «dádiva» del delito de cohecho, al utilizar una nueva expresión más omnicomprendensiva<sup>1055</sup>. Si bien, nada impide una interpretación de su alcance similar a la que se ha efectuado en relación con el delito de cohecho, pudiéndose aplicar la doctrina jurisprudencial que se ha generado en relación con esas infracciones contra la Administración Pública<sup>1056</sup>.

Es decir, al igual que ocurre con el delito de cohecho, el beneficio o ventaja han de actuar a modo de causa del acto que se pretende, de manera que entre ellos y lo esperado o realizado debe existir una relación de imputación; por lo que el beneficio o ventaja se configura como el interés, móvil o «motor» de la actuación del sujeto sobornado<sup>1057</sup>.

## **2. Beneficio o ventaja «de cualquier naturaleza»**

El tipo penal indica que el beneficio o ventaja puede ser «de cualquier naturaleza». Como también ocurre en el delito de cohecho, es preciso resolver la disyuntiva entre si necesariamente el beneficio o ventaja habrán de tener contenido económico o si, por el contrario, también es posible que tengan otro contenido distinto<sup>1058</sup>.

### **2.1. El beneficio o ventaja debe tener contenido económico**

---

<sup>1054</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1055</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Corrupción en el sector...», ob. cit., pág. 179.

<sup>1056</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 234; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>1057</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX...», ob. cit., pág. 3990.

<sup>1058</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX...», ob. cit., pág. 3990.

Un sector doctrinal minoritario considera que el beneficio o ventaja han de tener carácter económico<sup>1059</sup>. Considera que lo normal es que tenga un contenido económico/patrimonial, siendo difícilmente imaginable otro tipo de dádiva<sup>1060</sup>. Es decir, podrá ser material o inmaterial, pero siempre evaluable económicamente<sup>1061</sup>. La causa de tal interpretación es que la pena de multa que el precepto recoge se articula sobre el valor del beneficio o ventaja (multa del tanto al triplo)<sup>1062</sup>.

Como ejemplos de beneficios o ventajas evaluables económicamente se pueden citar la entrega de cantidades de dinero, una mejora salarial o gastos especiales, como vacaciones, colegios, coches, etc.<sup>1063</sup>. También los pagos en especie<sup>1064</sup>. O los regalos e invitaciones<sup>1065</sup>.

## 2.2. El beneficio o ventaja no debe tener contenido económico

Sin embargo, la práctica totalidad de la doctrina entiende que si el beneficio o ventaja puede ser «de cualquier naturaleza», no sólo ha de quedar ceñida a un contenido económico<sup>1066</sup>, sino que también puede ser jurídico o personal, material o inmaterial<sup>1067</sup>.

La descripción típica ha de entenderse como una deliberada intención de no limitar su naturaleza a un contenido estrictamente económico, sino con el fin de incluir también otros elementos sin valor económico<sup>1068</sup>. Sin perjuicio de

---

<sup>1059</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 223.

<sup>1060</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623.

<sup>1061</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>1062</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627.

<sup>1063</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627.

<sup>1064</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235.

<sup>1065</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21.

<sup>1066</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 250.

<sup>1067</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1068</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 150; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 13; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1111; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 37; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 359; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob.

que lo más frecuente es que tengan un valor económico (y que en tal sentido el supuesto típico sea el de las comisiones dinerarias<sup>1069</sup>), lo cierto es que pueden tener también otro contenido. Incluso no es preciso que produzcan un enriquecimiento patrimonial directo en el perceptor del beneficio o ventaja, sino que pueden producirlo a un tercero<sup>1070</sup>.

Desde esta posición se incluyen supuestos como: i) la obtención u oferta de todo tipo de favores<sup>1071</sup>, incluidos los de índole sexual<sup>1072</sup>; ii) la promoción política o profesional<sup>1073</sup> -propia o de tercero-<sup>1074</sup>; iii) el otorgamiento de honores o títulos y distinciones honoríficas<sup>1075</sup>; o iv) la satisfacción derivada de la contemplación de un beneficio cuyo receptor directo es un tercero<sup>1076</sup>.

### 2.3. Toma de postura

A nuestro juicio, la mención a que se pueda tratar de un beneficio o ventaja «de cualquier naturaleza» supone que no cabe limitarlas exclusivamente a las de contenido económico, sino que pueden ser de otro carácter.

---

cit., págs. 7 y 8; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 568.

<sup>1069</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235.

<sup>1070</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 150.

<sup>1071</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21.

<sup>1072</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1073</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 223; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706.

<sup>1074</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 150.

<sup>1075</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 37; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>1076</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428.



Esta posición sobre la naturaleza del beneficio o ventaja no limitada a la estrictamente económica, cuenta con el inconveniente de que la multa a imponer es de carácter proporcional, siendo, como hemos visto, del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja<sup>1077</sup>. Si bien ello no sería un escollo definitivo, porque si no tuvieran ese carácter económico o no se pudiera cuantificar, la solución sería no aplicar la multa<sup>1078</sup>.

Por otra parte, también se opone a esta interpretación el hecho de que el tipo atenuado del art. 286 bis.3 CP se refiere a la «cuantía» del beneficio o de la ventaja, lo que sugiere una contraprestación económica; pero también puede entenderse que «cuantía» se usa en el sentido de «extensión», como concepto que también es predicable de beneficios o ventajas de todo orden<sup>1079</sup>.

### **3. Beneficio o ventaja «no justificados»**

#### **3.1. Concepto**

El tipo dice que el objeto del soborno ha de ser un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza «no justificados». Ahora bien, determinar qué quiere decir esta expresión es complicado. A nuestro juicio, hay que acudir a la manera en que se trata la cuestión en los textos internacionales sobre la materia.

Así, una manera de interpretar la fórmula dádiva o ventaja «no justificada» es acudir al concepto de ventaja «indebida», que es el recogido en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La Decisión toma este término del Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999. A su vez, el Informe Explicativo de este Convenio indica que<sup>1080</sup>:

«La cuestión de lo que constituye la ventaja "indebida" va a tener una importancia central para la incorporación de la Convención en el Derecho interno. El término "indebida" debe interpretarse, a los efectos de la Convención, en el sentido de algo que el destinatario no está legalmente facultado para aceptar o recibir. Para los autores de la Convención, el adjetivo "indebida" pretende excluir ventajas

---

<sup>1077</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

<sup>1078</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15. Igual solución para el delito de cohecho, se mantiene por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX...», ob. cit., pág. 3992.

<sup>1079</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., págs. 7 y 8.

<sup>1080</sup> *Rapport explicatif sur...*, ob. cit., punto 38.

permitidas por la ley o los estatutos, así como obsequios de escaso valor o regalos socialmente aceptables».

Esta mención nos sirve para interpretar el concepto de beneficio o ventaja «no justificada»: se tratará de beneficios o ventajas que el sujeto integrado en la empresa no está facultado para recibir, por impedirlo la ley o las normas que afectan a su posición en la entidad, siempre que la dádiva exceda de aquello que se tiene por socialmente aceptable.

Ello supone que los posibles criterios que determinan el carácter de «no justificado» de aquello que se recibe, solicita o acepta son dos: i) que el sujeto del delito no esté facultado para recibirlo; y ii) la adecuación social.

### **3.2. El sujeto no está facultado para recibir el beneficio o ventaja**

El primer elemento a tener en cuenta es que el sujeto del delito, integrado en una empresa, no debe estar facultado para recibir el beneficio o ventaja, por impedirlo la ley o las normas que afectan a su posición en la entidad.

La doctrina ha descrito este elemento de distinta manera: como sinónimo de «no autorizados»<sup>1081</sup>; como una prestación a la que el beneficiario no tiene derecho<sup>1082</sup>; como todo lo que el beneficiario no se encuentra legalmente habilitado para aceptar o recibir<sup>1083</sup>; como todo aquello que no está amparado por el Derecho o por una norma legal o de conducta<sup>1084</sup>; o como beneficios o ventajas contrarias no sólo a las leyes, sino también a los usos mercantiles <sup>1085</sup>, a los usos comerciales <sup>1086</sup> o a los reglamentos administrativos<sup>1087</sup>. Por lo que se incluyen tanto los supuestos de percepción indebida como de excesiva (pensemos, por ejemplo, en el caso de pagos que, por su concepto, se pueden recibir, pero son excesivos en relación con los usos del sector).

---

<sup>1081</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 125.

<sup>1082</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 706; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>1083</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

<sup>1084</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>1085</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>1086</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1087</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

De todos estos elementos podemos concluir que no existirá tipicidad siempre que exista un título legalmente admitido, que permita la percepción del beneficio o ventaja (por ejemplo, los supuestos de contratos de comisión, corretaje o agencia) o se respeten las reglas establecidas en el concreto sector de actividad en que se ofrece o acepta el incentivo<sup>1088</sup> (entendiendo estas reglas como aquellas normas legales y de conducta que se refieran a la cuestión y que versen sobre cuándo el ofrecimiento o la percepción de un beneficio o ventaja es lícito y cuando no).

Partiendo de esta idea general, debe tenerse presente que, en algunos casos, la línea entre lo «justificado» y lo «no justificado» será difusa y difícil de establecer. No resulta sencillo trazar los límites entre el normal y lícito tráfico comercial y el inicio de la corrupción, así como entre ésta y la legítima promoción de las ventas<sup>1089</sup>.

### **3.3. La adecuación social**

#### **3.3.1. Ámbito de aplicación**

El concepto de beneficio o ventaja «no justificada» se relaciona con la noción de adecuación social y las conductas que se permiten en la vida social y en un determinado ámbito de su actividad. Las conductas socialmente adecuadas son conductas que se mantienen dentro de los marcos de libertad de acción social<sup>1090</sup>; de manera que «quedan excluidas de los tipos penales (...), aun en todos aquellos casos que se pudieran ser subsumidas en ello, por ejemplo, de acuerdo a criterios causales»<sup>1091</sup>. Se trata de acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad, por lo que deben quedar fuera del ámbito del Derecho Penal<sup>1092</sup>. Ello supone, como ya

---

<sup>1088</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1089</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 13.

<sup>1090</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª edición (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 67.

<sup>1091</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán...*, ob. cit., pág. 68; quien, de manera gráfica, indica que «la adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales» (ob. cit., pág. 68).

<sup>1092</sup> Debe señalarse que WELZEL no defendió siempre la misma concepción sobre la adecuación social, pues, inicialmente, la ubicó en el tipo como límite mínimo, para ser luego considerada una causa de justificación de derecho consuetudinario y, después, volver a colocarla en el ámbito del tipo, donde la considera «un principio general de interpretación». Cfr., con exposición de la teoría de WELZEL, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 293 y 294.

La cuestión se enmarca, actualmente, en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva en relación con el criterio del riesgo permitido. Como es sabido, esta teoría tiene, como punto de

hemos dicho, que las conductas que sean socialmente adecuadas, aunque desde un punto de vista causal pudieran ser subsumidas en un tipo, no pueden ser abarcadas por el mismo; esto es, los comportamientos que no son socialmente desaprobados nunca deben ser subsumidos bajo un tipo penal, aunque puedan formalmente serlo, pues éste sólo debe alcanzar las conductas que quedan fuera del orden social<sup>1093</sup>.

La doctrina es unánime<sup>1094</sup> al considerar que estamos ante un delito en el que la adecuación social puede jugar un importante papel, si bien obliga a intentar resolver el problema de lo que se considera adecuado en el marco de las relaciones mercantiles y comerciales, en las que son frecuentes los obsequios y otras atenciones<sup>1095</sup>.

---

partida, el reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco, comprobada la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: i) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; y ii) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. Ambos juicios son deducidos de la función del Derecho Penal, en la medida en que éste sólo tiene por objeto acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que se hubiera podido evitar. De ello se pueden deducir criterios que permiten eliminar, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el Derecho Penal (como son los criterios del riesgo permitido, el principio de confianza o la prohibición de regreso). Si los principios de la imputación objetiva surgen, en primer lugar, del fin del Derecho Penal, de aquí se deduce que las conductas socialmente adecuadas, es decir, que se desarrollan dentro del orden social, no pueden ser alcanzadas por el tipo penal o, con otras palabras, nunca serán típicas. Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Akal/iure, Madrid, 1998, págs. 188 a 191.

<sup>1093</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 162.

<sup>1094</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 223; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 227; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 360; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 3; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., págs. 175 a 181.

<sup>1095</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436; y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

No se debe olvidar que en un ámbito tradicionalmente entendido como mucho más restrictivo, como es el del delito de cohecho de funcionarios públicos, la teoría de la adecuación social ha jugado un relevante papel<sup>1096</sup>.

Así, lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia<sup>1097</sup>. Como resoluciones recientes cabe citar las SSTS, Sala 2ª, nº 362/2008, de 13 de junio; nº 636/2012, de 13 de julio; nº 323/2013, de 23 de abril; o nº 14/2015, de 26 de enero. Indican que no es tarea fácil la delimitación de determinadas figuras típicas del delito de cohecho, a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. Por ello, añaden que:

«La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales».

En sentido complementario, el Auto de 19 de septiembre de 2005, señala<sup>1098</sup>:

«Con respecto a los regalos de Navidad es necesario que se aclare quiénes los recibieron realmente y cuál era el valor de los mismos. La anotación del folio 15.718 se refiere a un número de lotes que posiblemente fueran para diversas personas. La recepción de un obsequio de Navidad de los valores habituales, en todo caso, no es constitutiva del delito del art. 426 CP, dado que la doctrina viene considerando unánimemente que tales hechos no realizan el tipo penal por ser socialmente adecuados. Por lo tanto, es necesario determinar a quiénes individualmente se remitieron los obsequios y el valor de los mismos para poder pensar en la imputación de un delito al receptor de los mismos».

---

<sup>1096</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176.

<sup>1097</sup> Con más detalle, acerca de la jurisprudencia sobre el delito de cohecho y su evolución, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de facilitación”» (art. 422 CP)», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, nº 6, 2011, págs. 151 a 180, *passim*.

<sup>1098</sup> En el caso concreto, se imputaba a dos senadores haber recibido diversos regalos de Navidad por parte de un tercero, entre otros actos.

Desde esta perspectiva, se tienen por socialmente aceptadas las entregas de escaso valor<sup>1099</sup> o las atenciones y premios usuales en el mundo de las relaciones comerciales<sup>1100</sup>. Es decir, se trataría de pequeños regalos de cortesía o atenciones moderadas que no puedan considerarse «sospechosas» de influir en la decisión a tomar<sup>1101</sup>. En este sentido, la aceptación de incentivos o regalos incapaces de comprometer mínimamente la competencia entre las empresas no debe constituir infracción penal<sup>1102</sup>.

En definitiva, sobre la base de la teoría de la adecuación social, el tipo de la corrupción entre particulares debería ser interpretado de tal manera que el concepto de beneficio o ventaja sólo debería alcanzar aquellas mejoras de la situación del sujeto que, verdaderamente, hayan podido tener influencia en su decisión sobre la adquisición o venta de mercancías<sup>1103</sup>.

Como ejemplos de entregas adecuadas socialmente, la doctrina cita los siguientes: i) los obsequios (cestas de frutas, flores, décimos de lotería...) que habitualmente se realizan para Navidad<sup>1104</sup>; ii) los obsequios como recuerdo de la participación en un determinado acto<sup>1105</sup>; iii) las invitaciones a actos sociales<sup>1106</sup>; iv) la propina a un camarero para que atienda mejor a una mesa

---

<sup>1099</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 360; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>1100</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176.

<sup>1101</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146.

<sup>1102</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18.

<sup>1103</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163. Algunos autores consideran que la diferencia entre un soborno y un regalo se halla en que el soborno implica un acuerdo bilateral entre dos partes, por el cual se entrega o promete algo de valor a cambio de una actuación del sujeto sobornado; mientras que los regalos son unilaterales, porque se dan sin ningún acuerdo de reciprocidad. En tal sentido, véase GREEN, S. P., «What's Wrong...», ob. cit., págs. 148 y 149; y GREEN, S. P., *Lying, Cheating, and...*, ob. cit., pág. 198. A nuestro juicio, esta distinción no se basa en la posible adecuación social de la conducta, sino en la consideración del delito como un delito bilateral, que debe ser cometido necesariamente por dos personas.

<sup>1104</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 227; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit. y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>1105</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163.

<sup>1106</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

que a otra<sup>1107</sup>; v) una invitación a comer<sup>1108</sup>; vi) la invitación a un cliente a un palco en los toros o al fútbol<sup>1109</sup>; vii) los pequeños obsequios o regalos promocionales<sup>1110</sup>. Se trata de elementos que no implican favorecimientos espurios, en tanto en cuanto carecen de virtualidad para inducir la toma de decisiones comerciales relevantes<sup>1111</sup>.

### 3.3.2. Reglas interpretativas

En este delito, a diferencia de lo que sucede con otros (por ejemplo, en el ámbito del mercado de valores) no hay reglas o pautas jurídicas previas para definir el ámbito de permisión de conductas, porque no existe una regulación administrativa previa o de referencia<sup>1112</sup>. No es posible establecer reglas taxativas sobre lo que puede considerarse adecuado o no en cada caso concreto, es preciso realizar una ponderación caso por caso. Como reglas orientadoras podemos establecer las siguientes:

1) Se debe considerar típica la entrega de una ventaja o beneficio que suponga un atentado a las reglas de competencia leal, justa y honesta. Ha de tratarse, en definitiva, de un beneficio o ventaja idóneos para afectar al bien jurídico<sup>1113</sup>.

Un criterio de ponderación al efecto, como criterio de aplicación *ex ante*, es el de la perspectiva del hombre medio, que será un sujeto de la misma condición o ámbito empresarial en el que se desarrolla la conducta. De manera que habrá que determinar si el beneficio o ventaja es suficiente para mover o

---

<sup>1107</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 227. En realidad, el supuesto de la propina es atípico porque no se da en un ámbito concurrencial, como veremos a continuación.

<sup>1108</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit. y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326 y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677.

<sup>1109</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623.

<sup>1110</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326 y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677.

<sup>1111</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326 y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677.

<sup>1112</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 163.

<sup>1113</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 360; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176.

determinar su voluntad a fin de favorecer a quien la ofrece o entrega<sup>1114</sup>, en el marco de o en consideración a un contrato o proceso de contratación concreto<sup>1115</sup>.

Teniendo en cuenta este criterio, todos los ejemplos anteriores, *a priori*, serían entregas no típicas, porque se trataría de regalos, invitaciones y atenciones de hospitalidad que, por su entidad y finalidad buscan no tanto obtener un favorecimiento respecto a una contratación específica, sino que responden a una lícita actitud empresarial «de cuidar al cliente»<sup>1116</sup>. Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que la línea divisoria entre estos regalos y atenciones y el pago indebido o soborno es tenue en algunos casos<sup>1117</sup>.

2) En esta ponderación de los distintos intereses en juego, debe tenerse presente que el ámbito de lo tolerable debe ser más amplio en este delito que en el delito de cohecho. Ello en atención a la diferencia de bien jurídico protegido<sup>1118</sup> y porque el estándar de probidad exigible a un funcionario debe resultar superior al solicitado a los particulares en el ámbito privado, al menos como principio interpretativo general<sup>1119</sup>.

Como muestra de la distinta consideración podemos indicar que mientras que alguno de los supuestos descritos, como la invitación a un palco de un espectáculo o a una comida o la entrega de una cesta navideña, pueden entenderse atípicos en el caso de las relaciones entre particulares, sí pueden dar lugar a un delito de cohecho si son destinados al funcionario público o autoridad respecto al que el particular tiene una resolución pendiente sobre un asunto concreto<sup>1120</sup>.

3) El ámbito de lo tolerable está siendo objeto de una importante acotación mediante los programas de *compliance*, adoptados, sobre todo, por las grandes empresas en los últimos años, en donde fijan el tipo de regalos y

---

<sup>1114</sup> Cfr. CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623.

<sup>1115</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>1116</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>1117</sup> Sobre esta cuestión trataremos al hablar de las modalidades de la conducta típica y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>1118</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1119</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 623 y 624.

<sup>1120</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 623 y 624.



atenciones que pueden ofrecerse o aceptarse lícitamente dentro de las relaciones comerciales<sup>1121</sup>.

4) No parece factible establecer legalmente una cuantía determinada y taxativa a partir de la cual se considere que la ventaja o beneficio es «no justificado», máxime si se tiene en cuenta que el beneficio o ventaja no tienen por qué revestir naturaleza económica ni patrimonial<sup>1122</sup>. Pero, sin perjuicio de ello, es importante que se fije en los programas de *compliance* la posibilidad o no de recibir regalos y, en su caso, unas cantidades económicas para valorar la adecuación de la ventaja o beneficio, en la medida en que entonces se podría acudir a la propia tolerancia admitida en el sector mercantil o comercial de que se trate.

Un ejemplo de lo que venimos indicando es el caso de la multinacional sueca *IKEA*. La misma exige a sus proveedores que firmen un documento (que denomina *Anti-corruption letter*<sup>1123</sup>) en el que les informa de algunas situaciones que, como proveedor de *IKEA* deben evitar, en relación con empleados de la citada firma o miembros de su familia. Tales situaciones son: ofrecer muestras de hospitalidad como habitaciones de hotel o viajes de cualquier clase, gratis; ofrecer dinero en efectivo; ofrecer servicios personales en condiciones mejoradas respecto de las que se ofrecen a otras personas; ofrecer préstamos o garantías de cualquier otro tipo, directa o indirectamente; ofrecer eventos o comidas en los que el firmante o su socio no estén presentes; ofrecer regalos o entretenimiento (p. e., regalos de Navidad); o contratar a miembros de la familia de empleados de *IKEA* en puestos en los que se pueda crear un conflicto de intereses. Finalmente el documento añade que ningún empleado de *IKEA* podrá ofrecer, conceder, solicitar o aceptar regalos o compensaciones en metálico o en especie, cualquiera que sea su naturaleza.

5) El límite entre la adecuación social y el tipo atenuado, que precisamente lo es «en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja», es muy tenue. Plantea evidentes problemas de aplicación, en la medida en que si se amplía de manera excesiva el ámbito de lo tolerable, no será fácil hallar situaciones en las que resulte de aplicación el tipo atenuado<sup>1124</sup>.

---

<sup>1121</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36. Sobre esta cuestión trataremos al hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>1122</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623.

<sup>1123</sup> Disponible en [http://www.ikea.com/ms/es\\_ES/proveedores/etica.html](http://www.ikea.com/ms/es_ES/proveedores/etica.html); consulta junio de 2015.

<sup>1124</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146.

#### **4. COMO CONTRAPRESTACIÓN PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE**

Desde la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el tipo exige que la ventaja o beneficio no justificado se reciba, solicite o acepte «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro».

La nueva redacción legal supone determinar: i) cómo debe interpretarse la expresión «como contraprestación», ii) qué supone favorecer a una persona frente a otras; y iii) qué se debe entender por favorecer «indebidamente».

##### **1. «Como contraprestación» para favorecer**

Al incluir el término «contraprestación», parece que el delito se basaría en un intercambio entre la dádiva y el favorecimiento. En tal medida, el delito exigiría el favorecimiento efectivo, lo que le convertiría en un delito de resultado: se consumaría con el favorecimiento, que es la contraprestación por recibir aquello que se pidió.

Sin embargo, a nuestro juicio ello no es así. En primer lugar, porque el tipo dice que se recibe, solicita o acepta la dádiva como contraprestación «para» favorecer, no como contraprestación «por» favorecer o «por haber favorecido». Por tanto, no exige un favorecimiento efectivo para que se entienda cometida la acción típica. En segundo lugar, porque este elemento típico novedoso guarda relación con un elemento exigido anteriormente por el art. 286 bis CP, en la redacción que provenía de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: nos estamos refiriendo al hecho de que el sujeto sobornado debía de actuar «para» o «con el fin» de favorecer a una persona frente a otras.

Efectivamente, el art. 286 bis CP indicaba que el sujeto que recibía, solicitaba o aceptaba la ventaja debía hacerlo «para» que favoreciera a la persona que se la prometía, ofrecía o concedía o a un tercero frente a otros (anterior art. 286 bis.1 CP), o «con el fin» de favorecer frente a terceros a quien le otorgaba o del que esperaba el beneficio o ventaja (anterior art. 286 bis.2 CP).

Al respecto, se planteó una discusión doctrinal sobre la ubicación típica de este elemento, por cuanto se discrepaba sobre si era parte del tipo objetivo o del subjetivo. Ello porque se discutía sobre si lo que se reclamaba en el tipo era la mera tendencia subjetiva (el mero fin) de la persona sobornada de favorecer a aquél que le concede el beneficio extraposicional; o si bien, este elemento

debía interpretarse en clave objetiva, como elemento objetivo de idoneidad, es decir, como exigencia de que se tratara de conductas idóneas para perjudicar a terceros competidores y favorecer al que ofrece la ventaja indebida<sup>1125</sup>.

Para un sector doctrinal, actuar «para» o «con el fin» de favorecer suponía un especial elemento subjetivo del tipo<sup>1126</sup>. Así, el autor había de obrar guiado por un elemento subjetivo del injusto, que consistía en el propósito o finalidad de favorecer<sup>1127</sup>.

Pero otra posición doctrinal consideraba que la ubicación no procedía en el tipo subjetivo, sino que elemento «para» favorecer o «con el fin de favorecer» exigía que las acciones fueran objetivamente idóneas para el logro de una preferencia en un proceso de venta o adquisición de mercancías o de contratación de servicios<sup>1128</sup>. Se trataría, por tanto, de un elemento del tipo objetivo que, aunque no aparecía expresado en el texto del art. 286 bis CP, se derivaba de su interpretación<sup>1129</sup>.

Una posición ecléctica mantenía que la promesa, oferta o aceptación del beneficio o ventaja debían ser objetivamente adecuados y estar subjetivamente orientados *ex ante* a la obtención del favorecimiento indebido<sup>1130</sup>.

A nuestro juicio, en el citado elemento confluían factores objetivos y subjetivos, en el sentido de que la ventaja o beneficio debían ser *ex ante* idóneos desde un punto de vista objetivo para mover a una persona al favorecimiento de otra (matiz subjetivo). Es decir, la dádiva debía ser el estímulo para favorecer a otra persona en el proceso concurrencial, si bien es preciso que la misma fuera lo suficientemente adecuada para ello desde la perspectiva de un hombre medio de tal ámbito de actividad.

---

<sup>1125</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 21.

<sup>1126</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 354 y pág. 360; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 37.

<sup>1127</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 705; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 11; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 238; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 113; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 354 y 360.

<sup>1128</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235.

<sup>1129</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1130</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428.

Esta consideración se refuerza con la nueva redacción del tipo tras la reforma de 2015, de manera que la conducta se ha de cometer para favorecer a una persona frente a otras y el tipo se basa en una relación de *quid pro quo*: la dádiva se promete, ofrece o concede o se recibe, solicita o acepta «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro». Ese «para favorecer indebidamente a otro» es la «contraprestación» esperada a cambio del beneficio o ventaja.

Ello supone que es preciso que el favorecimiento sea debido precisamente a la ventaja o al beneficio; sin tal estímulo previo, no hay delito, aunque se llegara a decidir arbitrariamente la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales<sup>1131</sup>. En definitiva debe haber una relación de causalidad entre la dádiva y el favorecimiento (aunque éste no llegue a producirse de manera efectiva).

Esta expresión de «como contraprestación» también se contiene en el § 299 *StGB*. La doctrina alemana entiende que si el tipo habla de «contraprestación», supone que el favorecimiento debe consistir en una acción determinada<sup>1132</sup>; es decir debe procurarse en relación con una prestación concreta<sup>1133</sup>. De tal modo que la ventaja que se acepta o entrega para asegurar una disposición favorable en general («para crear un buen clima de negocios») no resulta suficiente a efectos penales<sup>1134</sup>.

Estas consideraciones son plenamente trasladables a la redacción e interpretación del art. 286 bis CP. De modo que se debe actuar para favorecer en relación con una decisión concreta o proceso de decisión concreto y para obtener una decisión favorable<sup>1135</sup>. La dádiva debe estar referida a un supuesto concreto de contratación, si bien no es preciso que su desarrollo sea coetáneo al hecho, por cuanto es factible que el «acuerdo corruptor» se tome con anterioridad al mismo<sup>1136</sup>. De este principio se pueden extraer las siguientes

---

<sup>1131</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151.

<sup>1132</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4.

<sup>1133</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 142, n. m. 206.

<sup>1134</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 142, n. m. 206.

<sup>1135</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 21 y 22.

<sup>1136</sup> En contra, DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 21 y 22, para quien debe producirse en consideración a un contrato o un proceso de contratación que se esté llevando a cabo o sea inminente en la empresa.

consecuencias<sup>1137</sup>, en el sentido de que si es preciso actuar para favorecer en relación con una decisión concreta o proceso de decisión concreto ello supone que:

1) Este delito no incrimina las dádivas entregadas en consideración a la mera función del sujeto receptor, sin esperar recibir nada a cambio, a diferencia de lo que sucede con el delito de cohecho (art. 422 CP)<sup>1138</sup>. No existe una modalidad de «corrupción privada impropia».

2) El tipo penal no incluye un supuesto de «corrupción privada subsiguiente». A diferencia también de lo que ocurre en el delito de cohecho (art. 421 CP), queda fuera del ámbito delictivo la entrega o solicitud de dádivas como recompensa de los actos de favorecimiento ya realizados<sup>1139</sup>, pero que se realizaron sin prever ni conocer la existencia de una posible dádiva por ello; así como los supuestos de regalos posteriores a la contratación<sup>1140</sup>. Las entregas posteriores a la contratación son atípicas, aunque sean relevantes, si en nada influyeron en aquélla<sup>1141</sup>.

3) Queda excluido el «tráfico privado de influencias», esto es, cuando un sujeto recibe una dádiva para que se aproveche de una relación personal o profesional con el administrador, directivo, empleado o colaborador de la sociedad e influya en él y conseguir así el acto de favorecimiento para un tercero. Es decir, una persona A (sujeto corruptor) entrega una ventaja a B, para

---

<sup>1137</sup> Algunas de estas consecuencias ya se ponían de manifiesto por la doctrina mediante la interpretación de otros elementos de la conducta típica, tal y como estaba redactada antes de la reforma de 2015.

<sup>1138</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 491 y 492; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621, y CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 99, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 565.

<sup>1139</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 492; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621, y CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 383; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 703; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 20; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 564.

<sup>1140</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436.

<sup>1141</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 99, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

que este influya en C (que es el administrador, directivo, empleado o colaborador de la sociedad).

La doctrina discrepa sobre la inclusión de estas conductas en el tipo, mostrándose algunos autores contrarios a ello<sup>1142</sup>; mientras otros sí lo aceptan sobre la base de la amplitud de la expresión «para favorecer»<sup>1143</sup>. A nuestro juicio, en este caso, la dádiva no pretende obtener una decisión sobre un acto de contratación preciso, porque quien la recibe carece de tal capacidad y lo que se espera de él es que influya sobre otra persona en determinado sentido.

4) El tipo no incluye los casos en que se pretenda conseguir una consideración favorable a la empresa en general<sup>1144</sup> o se trata de gastos para el mantenimiento de un «buen clima de negocio»<sup>1145</sup>. Esta afirmación general nos sirve ahora al estudiar la materia que nos ocupa, pero la misma guarda relación con las entregas de obsequios (invitaciones, regalos, atenciones de hospitalidad, etc.) que pueden entenderse como una estrategia de «cuidar al cliente», pero que cuando su entrega y recepción comienza a ser excesiva o pasa a ser de lujo, o se ofrecen en situaciones específicas, se puede cruzar fácilmente la línea y convertir una práctica comercial aceptable en una ventaja o beneficio ilegal<sup>1146</sup>.

5) Tampoco incluye las ventajas o beneficios que se ofrecen o entregan con la esperanza, inespecífica, de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva<sup>1147</sup>.

## **2. Favorecimiento frente a otros**

### **2.1. Interpretación**

---

<sup>1142</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26.

<sup>1143</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 479; quien pone los ejemplos de un administrador que recibe una contraprestación indebida para que presione sobre los administradores a la hora de que elijan una determinada opción, o el asesor externo que ha recibido una contraprestación y «carga en su informe» las tintas a favor de un determinado contratista.

<sup>1144</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436.

<sup>1145</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 20; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 4; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176.

<sup>1146</sup> Sobre la materia volveremos a tratar en este trabajo, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>1147</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 21 y 22.

Conforme al art. 286 bis CP hay un elemento común a las dos modalidades (activa y pasiva) de corrupción privada: el favorecimiento frente a otros.

En la redacción inicial del precepto, en el caso de la corrupción pasiva, el directivo, administrador, empleado o colaborador había de recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja «con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja». Tras la reforma de 2015, este elemento se mantiene, si bien con alguna modificación en su redacción: ahora se indica que el directivo, administrador, empleado o colaborador ha de recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja «para favorecer [indebidamente] a otro». Por tanto, la corrupción privada pasiva exige actuar para favorecer o en favorecimiento de una persona frente a otras.

Tras la reforma de 2015, la redacción típica ha ampliado el alcance del tipo en este punto.

En la redacción anterior, la persona favorecida por el sujeto sobornado debía ser la persona que otorgaba a éste el beneficio o ventaja o la persona de la que se esperaba tal beneficio o ventaja; es decir, la persona favorecida sólo podía ser el sujeto corruptor. A lo que se añadía que en el caso de la corrupción activa se señalaba que el sujeto activo había de prometer, ofrecer o conceder la ventaja o beneficio al directivo, administrador, empleado o colaborador «para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros».

Se planteaba en este caso un problema y era el siguiente: qué sucedía si quien recibía el soborno lo hacía para favorecer a un tercero y no al sujeto corruptor. Una primera posición doctrinal<sup>1148</sup> entendía que había una significativa asimetría entre ambas modalidades: mientras que la conducta del corruptor era punible, aun cuando el favorecimiento pretendido no recayera en él sino en un tercero, la conducta del corrompido sólo era punible si el favorecimiento se dirigía al sujeto que «le otorga o del que espera el beneficio o ventaja». Ello suponía una disparidad entre el trato dispensado al sujeto corruptor y al corrompido: si el corrompido recibía, solicitaba o aceptaba un beneficio o ventaja para favorecer a un tercero distinto de aquel que precisamente le había corrompido su conducta quedaba fuera del tenor literal del tipo y, por tanto, debería ser calificada de impune. Por lo que concluía que se trataba de error de redacción, que no podía ser subsanado sin incurrir en analogía *in malam partem*.

---

<sup>1148</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 425 y 426.

Esta disparidad de trato se pretendía salvar considerando que ambas modalidades de corrupción eran correlativas y daban lugar a un solo hecho de corrupción, en el que intervenían varios sujetos (*intraneus*, que eran los sujetos de la pasiva; y *extraneus*, que era el sujeto activo de la corrupción activa)<sup>1149</sup>. Pero, a nuestro juicio, esta posición otorgaba al delito un carácter bilateral, que no se correspondía con la configuración de las conductas típicas.

La cuestión ha quedado resuelta con la modificación operada en la reforma de 2015, ya que el art. 286 bis.1 CP indica que el sujeto sobornado debe actuar para favorecer a otro, sin limitar la condición de persona favorecida a aquella que otorga o de la que se espera la dádiva.

En consecuencia, la persona favorecida puede ser tanto quien otorga o del que espera el beneficio o ventaja (es decir, el corruptor), como un tercero distinto de ella. En el primer caso, el corruptor A actúa para que el sobornado B le favorezca a él mismo (a A); y, en el segundo caso, el corruptor A actúa para que el sobornado B favorezca a otra persona (el tercero C).

## 2.2. Consecuencias

El hecho de que se haya de actuar para favorecer a una persona frente a otra u otras, en el marco de la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, supone que con este elemento el legislador nos sitúa en un contexto de competencia<sup>1150</sup> (porque esos «otros» son los competidores). A su vez, el hecho de que sea preciso actuar en un contexto de competencia, en el que se actúa para favorecer a una persona frente a otras u otras, permite afirmar que:

1) Quedan excluidos los particulares consumidores finales del círculo de sujetos activos del delito, tanto en su modalidad activa como pasiva, pues estos no «compiten» con otros en el mercado<sup>1151</sup>.

2) Quedan excluidas las conductas que no afectan a las reglas de la competencia<sup>1152</sup>, por no existir competencia efectiva en un determinado

---

<sup>1149</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 23.

<sup>1150</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 21; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435.

<sup>1151</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 565.

<sup>1152</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35



contexto<sup>1153</sup>; por ejemplo, dar una propina para conseguir una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades de un espectáculo<sup>1154</sup> (en estos casos, el sujeto que actúa es un particular consumidor final y en ausencia de concurrencia, ya que es preferido frente a otros consumidores, no frente a otros competidores).

3) Una conducta atípica sería el caso en el que se ofrece una dádiva que tiene como misión neutralizar maniobras de corrupción llevadas a cabo por otros competidores (porque no se actúa «para favorecer»)<sup>1155</sup>.

4) La persona frente a la que se favorece a otra son los competidores<sup>1156</sup>. Ello supone que deben existir necesariamente terceros que resulten perjudicados (en sentido de no favorecidos)<sup>1157</sup>. De aquí surge la atipicidad de conductas como recibir dádivas por contratar a un proveedor cuando éste es el único y no existen otros, o cuando se trata de la única empresa que puede prestar el servicio que se demanda, pues no concurre el favorecimiento frente a esos otros<sup>1158</sup>. En tal caso, aun cuando medie una dádiva, la selección y decisión no excluye a ningún competidor<sup>1159</sup>.

Ahora bien, el hecho de que sea preciso que existan competidores, no significa que sea exigible que esos competidores concurren efectivamente en el proceso de decisión, sino que basta con que existan en el mercado y puedan realizar la misma actividad; aunque no hayan licitado para obtenerla<sup>1160</sup>. Es decir, basta con que sean potenciales competidores, no que ya lo sean de modo real en relación con una determinada mercancía o servicio.

---

<sup>1153</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 567.

<sup>1154</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1155</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 429.

<sup>1156</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 705; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 101, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>1157</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 101, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>1158</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 12; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>1159</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>1160</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

5) Si es inherente a la conducta delictiva que se lleve a cabo en un contexto competitivo, en condiciones de monopolio no tiene sentido plantear la posible comisión del delito, aun cuando se lleguen a ofrecer ventajas o comisiones para que se efectúe la contratación<sup>1161</sup>.

6) El hecho de que se actúe para favorecer a una persona frente a otras u otras, no supone la exigencia, como resultado del delito, de un efectivo favorecimiento del sobornador frente a terceros, con el correspondiente perjuicio para ellos<sup>1162</sup>. Se trata de un delito de peligro, que no exige la producción de ningún resultado concreto. Pero sí es preciso que el comportamiento desplegado sea apto o idóneo, desde una perspectiva *ex ante*, para provocar ese favorecimiento, aunque no se constate de manera efectiva<sup>1163</sup>.

El delito no requiere que el corruptor se vea favorecido de manera efectiva, es decir, que obtenga una posición real de ventaja respecto al resto de competidores; ya que exige que se actúe como contraprestación «para» favorecer, pero no que se produzca el favorecimiento de manera real. Poco importa que el sujeto corrupto haya efectivamente actuado o que se haya abstenido de actuar de conformidad con la intención del corruptor<sup>1164</sup>.

7) El modo de procurar el favorecimiento pretendido puede ser activo u omisivo. Lo esperable es lo primero, esto es, que se tome la decisión favorecedora; pero es factible un comportamiento omisivo: por ejemplo, se entrega una dádiva a una persona que supervisa el proceso de contratación, dando cuenta de las irregularidades advertidas, para que se abstenga de realizar esa labor de vigilancia<sup>1165</sup>.

### 3. Favorecer «indebidamente»

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido en el tipo penal del delito de corrupción pasiva el elemento siguiente: la ventaja o beneficio no justificado ha de recibirse, solicitarse o aceptarse como contraprestación para favorecer «indebidamente» a otro. Es decir, no basta con

---

<sup>1161</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146.

<sup>1162</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 21.

<sup>1163</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 22; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 109.

<sup>1164</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

<sup>1165</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 429.

actuar para favorecer a otro, sino que además, debe tratarse de un actuar para favorecer «indebidamente».

Se trata de un adverbio, referido al adjetivo indebido/a, y es equivalente a «de manera indebida». Su inclusión en la descripción típica no tiene precedentes ni en el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999, ni en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Este elemento de la conducta típica es de difícil entendimiento y es susceptible de diversas interpretaciones, en la medida en que puede estar relacionado con distintos elementos del tipo penal, como son: i) el beneficio o ventaja no justificado; ii) el bien jurídico protegido; iii) la actuación del sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva.

### **3.1. En relación con el beneficio o ventaja no justificado**

Inicialmente, parecería que el término «indebidamente» se debe relacionar con el concepto de beneficio o ventaja no justificado. Ya hemos indicado que ni Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción ni la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, hablan de la necesidad de que exista un favorecimiento de manera indebida; pero, sin embargo, ambos textos internacionales recogen el término de «ventaja indebida», para referirse al objeto del soborno. Concretamente, lo recogen los arts. 7 y 8 del Convenio, en el caso, respectivamente, de la corrupción activa y pasiva; y el artículo 2.1 de la Decisión Marco, letras a) y b), respectivamente, para la corrupción activa y pasiva. Además, ya hemos indicado, anteriormente, en qué medida la consideración de la ventaja como «indebida» nos permite interpretar el concepto de beneficio o ventaja no justificado del art. 286 bis CP.

De acuerdo con esta interpretación, el hecho de recibir, solicitar o aceptar una ventaja «indebida» conlleva ínsita la idea de que el favorecimiento también va a ser «indebido» o «de manera indebida». Ambos elementos están ligados casualmente y el carácter indebido de uno supone el mismo carácter en el otro.

En conclusión, desde esta perspectiva, el favorecimiento es indebido porque tiene su origen en una ventaja indebida.

### **3.2. En relación con el bien jurídico protegido**

Otra posibilidad interpretativa es referir el carácter indebido del favorecimiento al bien jurídico protegido por el tipo penal. Así, el favorecer «indebidamente» supone conceder al sujeto corruptor algo a lo que no tiene derecho, en el sentido de que no le hubiera sido concedido de no mediar el soborno.

De acuerdo con esta interpretación, favorecer «indebidamente» supone favorecer «de manera desleal» a una persona frente a los competidores.

### **3.3. En relación con la actuación del sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva**

#### **3.3.1. Introducción**

Finalmente, cabe relacionar el favorecer «indebidamente» con la actuación del sujeto sobornado, que actúa «de manera indebida» en aras a lograr ese favorecimiento o llevándolo a cabo de manera efectiva. Si entendemos que el sujeto sobornado ha de actuar de tal forma, esta interpretación evoca poderosamente uno de los elementos que han desaparecido de la redacción típica del precepto tras la reforma de 2015: el incumplimiento de obligaciones. Si el sujeto sobornado incumple sus obligaciones en el seno de la empresa no cabe duda de que estará actuando «indebidamente».

En tal medida, la interpretación de la nueva redacción del precepto supone exponer en este punto la polémica sobre el citado elemento del incumplimiento de obligaciones.

#### **3.3.2. El incumplimiento de obligaciones**

##### **3.3.2.1. Introducción**

El art. 286 bis CP, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, exigía en ambas modalidades de corrupción (activa y pasiva) que se actuara «incumpliendo sus obligaciones» en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. En relación con este elemento de la conducta típica se planteaban cuestiones muy debatidas: i) qué persona debía incumplir «sus» obligaciones; ii) qué se entendía por

incumplimiento de «sus obligaciones»; y iii) cuál era el contenido de tales obligaciones.

### **3.3.2.2. El sujeto que debía incumplir «sus» obligaciones**

La doctrina, se planteaba, en primer lugar, quién debía incumplir «sus» obligaciones: si el sujeto que prometía, ofrecía o concedía la ventaja o beneficio o el sujeto que los recibía, solicitaba o aceptaba. Esto es, si el sujeto que corrompe o el sujeto corrompido.

La doctrina mayoritaria interpretaba que tal exigencia de incumplimiento había de entenderse referida únicamente al sujeto corrompido, por las siguientes razones<sup>1166</sup>.

En primer lugar, porque la Decisión Marco 2003/568/JAI vincula expresamente el incumplimiento de «sus» obligaciones con la persona que desempeñe funciones directivas o laborales; es decir, con el sujeto corrompido. Así lo hace en el art. 1, al definir qué se entiende por «incumplimiento de las obligaciones», y en el art. 2 al definir las conductas activa y pasiva de corrupción privada.

Por otra parte, no era posible individualizar las obligaciones que supuestamente infringiría el sujeto activo del delito de corrupción privada activa, en la medida en que ofrecería ventajas o beneficios a otro para conseguir ser el adjudicatario de un contrato y, por tanto, beneficiar a su propia empresa. Si el autor de la corrupción activa, que ofrecía la ventaja o beneficio para inducir al directivo o empleado de la empresa a que le eligiera en la adjudicación de la contratación, buscaba así el beneficio de la entidad para la que solicitaba el favorecimiento, no era posible considerar que incumpliera alguna obligación que le incumbiera frente a esta entidad o respecto a la que le adjudicara el contrato; así como tampoco tendría (y por ello no incumpliría) obligaciones respecto a sus eventuales competidores<sup>1167</sup>. A lo sumo, la única obligación que infringiría es la de abstenerse de tentar al directivo, administrador, empleado o colaborador para que aceptara la ventaja o incentivo; o, en su caso, la de no sucumbir ante la solicitud de cualquiera de ellos<sup>1168</sup>.

---

<sup>1166</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 174.

<sup>1167</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 620 y 621; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 436, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>1168</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 16.

En consecuencia, pese a la dicción legal, el tipo de corrupción activa incluía una exigencia que sólo era necesaria y ya constaba en la regulación de la corrupción pasiva<sup>1169</sup>.

Sin perjuicio de esta defectuosa técnica legislativa, la cuestión no era indiferente a efectos de reprochabilidad y sanción penal, porque si no existía incumplimiento de obligaciones en un caso (el del corruptor) y sí en otro (el del corrompido) no era coherente que la pena prevista para sus conductas fuera la misma en ambos casos<sup>1170</sup>.

Si aceptáramos que el favorecer «indebidamente» es favorecer actuando «de manera indebida», con la redacción del tipo tras la reforma de 2015 no hay duda de que el sujeto que debe favorecer de tal manera es exclusivamente el sujeto sobornado; ya que es, por definición, el que debe tomar la decisión respecto de los distintos competidores.

### **3.3.2.3. Incumplimiento de «sus obligaciones»**

El punto de partida, en este ámbito, era la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Su art. 1 dice que, a efectos de la Decisión marco, la expresión «incumplimiento de las obligaciones» se entenderá conforme al Derecho nacional. A continuación añade:

«El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado».

La cuestión era determinar qué obligaciones afectaban al sujeto del delito, para poder ser consideradas como propias del mismo.

De inicio, cabía apuntar dos posibilidades:

---

<sup>1169</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>1170</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 620 y 621; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 436; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 174.

1) La primera era considerar que las obligaciones que se incumplían eran las impuestas por el ordenamiento con el fin de proteger la competencia leal. El delito no exigía más que eso: que el sobornado fuera desleal con la competencia.

2) La segunda posibilidad consistía en interpretar el tipo de la siguiente manera: las obligaciones a que se refería eran las obligaciones inherentes a la posición del sujeto en la empresa, es decir, sus obligaciones profesionales. El delito exigía que el sobornado fuera desleal con la competencia y además un incumplimiento añadido de sus obligaciones profesionales. Desde este punto de vista, no bastaba con la recepción de la dádiva (lo que suponía ser desleal con la competencia), sino que, además, era preciso que vulnerara un deber propio de su estatuto profesional (lo que suponía ser desleal con su principal).

En definitiva, para el primer punto de vista bastaba con una sola deslealtad (hacia la competencia); mientras que para el segundo punto de vista serían precisas dos deslealtades (hacia la competencia y hacia el empresario).

Si aceptábamos la primera solución, el tipo penal se convertía en un delito que protegía la competencia leal. Ahora bien, entonces chocábamos con el principal escollo del mismo: la exclusión del empresario como sujeto activo del delito de corrupción privada. Si para el tipo sólo era exigible el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el ámbito de la competencia leal, entonces también debería considerarse la posibilidad de que el empresario las vulnerara y distorsionar la competencia, ya que se hallaba (a estos efectos) en la misma posición que el empleado.

Si aceptábamos la segunda solución, el tipo penal no protegía sólo la competencia sino también el deber de lealtad hacia el empresario. De tal manera que el delito no existiría cuando el subordinado actuara con conocimiento y consentimiento del principal, dado que entonces no había vulneración de obligaciones profesionales y deslealtad hacia él. Ahora bien, desde esta perspectiva, carecía de sentido que no se hubiera sometido la persecución del delito a la previa iniciativa del principal, sino que se configurara como un delito perseguible de oficio<sup>1171</sup>.

---

<sup>1171</sup> En efecto, el artículo 287 del Código Penal, indicaba que:

«1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Cualquiera de las dos interpretaciones era polémica en la doctrina y nos encontrábamos con uno de los puntos más discutidos de la exégesis del tipo penal, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio<sup>1172</sup>.

---

El artículo 286 bis del Código no se encuadraba en la Sección 3ª, sino en la Sección 4ª, del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, por lo que no era precisa la existencia de denuncia para la persecución.

<sup>1172</sup> La polémica no sólo se desarrollaba en torno a las obligaciones que se incumplían, sino también sobre la propia naturaleza del tipo penal, a consecuencia de la introducción de este elemento. Ello porque la doctrina debatió si el elemento «incumpliendo sus obligaciones» convertía al tipo del art. 286 bis CP en una norma penal en blanco o simplemente se trataba de un elemento normativo del tipo.

Para un sector de la doctrina, este elemento suponía que el art. 286 bis CP era una norma penal en blanco (CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 232); entendiendo como tal un tipo penal que no contiene todos los elementos necesarios para conocer la conducta prohibida y tiene que ser complementado con el contenido de otra norma, a la que se remite (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 382; sobre los problemas que plantea este tipo de normas penales, véase BACIGALUPO, E., «Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco», en *Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo I*, ob. cit., págs. 385 a 392, *passim*).

Para este sector doctrinal, el tipo debía completarse acudiendo a otras normas, entre las que se citaban las siguientes (NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit.; y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 112): la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que prevé expresamente los «actos de competencia desleal» (art. 4 y siguientes); los artículos 225 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que, respecto de los administradores, consagra los deberes de diligencia (arts. 225 y 226), de lealtad (arts. 227 y 228) y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229); el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los empleados, que consagra la buena fe contractual; y el propio Código Civil, respecto del mandato (art. 1718 y ss.). La remisión a estas normas suponía, para algún autor, que no se cumpliera con la exigencia del canon de certeza requerido para poder completar la norma penal, dado los términos excesivamente amplios en los que se definen las obligaciones en estos preceptos (CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., págs. 232 y 233).

Para otro sector doctrinal, el elemento «incumpliendo sus obligaciones» constituía un elemento normativo del tipo. Es decir, un elemento típico que no puede ser conocido a través de los sentidos, sino que necesita una valoración, de tal modo que para conocerlo o dotarlo de contenido es preciso realizar un juicio de valor (Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 379 a 381).

Para realizar tal juicio de valor, un sector doctrinal entendía que era preciso acudir a la legislación extrapenal vigente. Especialmente a las disposiciones previstas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 356); o a toda la legislación -principalmente de naturaleza mercantil- sobre los deberes de los administradores sociales, incluso también las normas civiles sobre tal contratación, que se debían de aplicar en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales (SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 12).

En un sentido más amplio, dentro de esta posición se mantenía que, además de a esas otras normas jurídicas extrapenales, se podía acudir a normas no necesariamente jurídicas; sino a las que regían, escritas o no, en el ámbito profesional donde se desarrollara la actividad mercantil o de negocio del caso concreto (MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 99, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 16; VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas...», ob. cit.).



### 3.3.2.4. Contenido de las obligaciones

Si la conducta típica incluía como elemento el incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, esta expresión adolecía de indeterminación, por lo que era preciso concretar en qué consistían esas obligaciones y cuáles eran sus fuentes específicas<sup>1173</sup>. En este ámbito las posiciones doctrinales eran diversas.

#### 3.3.2.4.1. Obligaciones derivadas del deber de lealtad hacia la empresa (obligaciones *ad intra*)

##### A) Deber genérico de lealtad hacia la empresa

Una primera postura doctrinal entendía que las obligaciones cuyo incumplimiento exigía el tipo penal eran las obligaciones inherentes a la posición del subordinado en la empresa, es decir, sus obligaciones profesionales. Las obligaciones que en este tipo penal vinculaban a directivos, administradores, empleados o colaboradores eran las que les unían a su principal respectivo y que derivaban, en general de un deber de actuar de buena fe para con él<sup>1174</sup>. Esto es, se trataba de obligaciones que surgían de un deber de probidad y de lealtad a la firma<sup>1175</sup>.

Mientras que la legislación sobre competencia establece una serie de obligaciones respecto a los competidores y los consumidores, las mismas afectan, única y exclusivamente, al empresario que, sin embargo, había quedado excluido del círculo de sujetos activos del delito de corrupción en el sector privado; por lo que el delito se entendía diseñado de manera que sólo podía cometerse por un sujeto con una relación de subordinación o dependencia hacia el titular de la empresa. Ahora bien, en tal sujeto no concurriría ninguna de las obligaciones legales de actuar conforme a los principios que rigen la competencia, en términos de lealtad; por lo que la única obligación que podía resultar quebrantada era alguna de las que le incumbían con su principal<sup>1176</sup>. Lo

---

<sup>1173</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1174</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 26; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 152; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 24. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 164 y págs. 173 a 175.

<sup>1175</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 428; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 152; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 356; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 24.

<sup>1176</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 356; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 125.

esencial era que la persona sobornada se comprometía a incumplir sus obligaciones laborales (en sentido amplio y no en sentido estricto, propio sólo del contrato de trabajo), favoreciendo al corruptor en el ámbito objeto del acuerdo<sup>1177</sup>.

Desde esta posición doctrinal se afirmaba<sup>1178</sup> que era cierto que el respeto a esas obligaciones -directas frente a la entidad- podían tener efecto positivo -pero indirecto- sobre la competencia; si bien tal efecto, sólo indirecto, sobre la competencia, parecía insuficiente para vincular al administrador, directivo, empleado o colaborador con otras obligaciones externas.

### **B) Deberes específicos derivados del deber genérico de lealtad hacia la empresa**

El genérico deber de lealtad se manifestaba en otros deberes específicos, que permitían fijar los contornos de las obligaciones a las que se refería el tipo penal. Se trataría, sin ánimo de exhaustividad, de los siguientes<sup>1179</sup>:

1) Para los administradores, los deberes recogidos en los artículos 225 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que incluyen: deberes de diligencia (arts. 225 y 226), de lealtad (arts. 227 y 228) y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229)<sup>1180</sup>.

---

<sup>1177</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>1178</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428.

<sup>1179</sup> Cfr. GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 26; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 152; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 112; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., págs. 232 y 233; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 24; PORTERO HENARES, M., «La "privatización" de las leyes penales en blanco. El caso del delito de corrupción privada del artículo 286 bis del Código Penal», *La Ley Penal*, nº 112, enero-febrero, 2015, pág. 3.

<sup>1180</sup> En relación con estos deberes legales, en algunos de los casos su definición es vaga e imprecisa –se usan expresiones como «diligencia de un ordenado empresario» (artículo 225 TRLSC) o «lealtad de un fiel representante» (artículo 227 TRLSC)-; pero en otras ocasiones su definición sí es más precisa, en lo que se podía referir al ámbito del delito de corrupción privada, como ocurre con la especificación legal de alguno de los deberes concretos derivados del deber de lealtad.

En efecto, el art. 227 TRLSC, recoge un general deber de lealtad de los administradores que «deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad». Como deber específico derivado del mismo, se recoge el deber (art. 228, letra e) TRLSC) de: «e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

2) Para los directivos, los deberes del mandatario retribuido, que se recogen en los arts. 1718 y siguientes del Código Civil, siendo especialmente significativa la obligación del mandatario de dar cuenta de todas sus operaciones; así como de abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo (art. 1720 CC). También los arts. 281 a 302 del Código de Comercio, relativos a los apoderados o mandatarios generales o singulares.

3) Para los empleados, el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, que consagra la buena fe contractual.

4) Para los colaboradores, en tanto que se contemplan como dependientes del empresario, los deberes surgen de la relación de fidelidad con éste como mandante; sin perjuicio de que, tratándose de un colaborador titulado, pudieran vincularle también determinados códigos deontológicos u otras obligaciones impuestas por su respectivo Colegio Profesional<sup>1181</sup>.

Dentro de este sector doctrinal se discrepaba sobre una cuestión: cuál era el límite de las fuentes de estos deberes. Se aceptaba que todos los deberes establecidos legalmente regían en este ámbito, pero la duda surgía con los deberes impuestos por medio del contrato entre las partes. Es decir, se discutía si el contrato podía ser o no fuente de las obligaciones que se incumplían.

Algunos autores negaban que el escalón contractual privado pudiera determinar el carácter delictivo<sup>1182</sup>; ya que una interpretación restrictiva del tipo imponía una acotación de lo penalmente relevante, no descendiendo del rango legal o acaso de reglamento profesional -esto es, de disposición general- con el que se conforma la Decisión Marco, hacia el nivel meramente contractual o de autonomía privada<sup>1183</sup>. A lo que se añadía que cuando el Código Penal quiere incluir los deberes contractuales en el ámbito de un tipo alude a ellos

---

A su vez, de este deber de evitar situaciones de conflicto de interés, surgen dos deberes de especial transcendencia en el ámbito que nos ocupa, ya que el art. 229.1 TRLSC, señala:

«1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

(...) d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía».

<sup>1181</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 26.

<sup>1182</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 27.

<sup>1183</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 26.

expresamente, como ocurre en el delito de revelación de secretos de empresa previsto en el art. 279 CP<sup>1184</sup>.

Sin embargo, para otra postura doctrinal sí cabía la especificación contractual concreta de los deberes a cumplir en este ámbito<sup>1185</sup>. Incluso, yendo más allá, se afirmaba que si los deberes se fijan normalmente por vía contractual, difícilmente se podía hablar de corrupción cuando la conducta realizada no estaba expresamente prohibida en los contratos<sup>1186</sup>.

Una tercera postura entendía que para concretar las obligaciones existentes había que acudir a la legislación vigente y también a las normas de carácter contractual (aunque entendía que hubiese sido conveniente hacer referencia expresa a las mismas, a semejanza a lo que ocurre en otros preceptos penales); pero era discutible aceptar como fuente de obligaciones a las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate<sup>1187</sup>.

En todo caso, como ejemplos concretos de deberes u obligaciones cuyo incumplimiento se incluía en la conducta típica, la doctrina indicaba los siguientes: i) deber de comunicar o someter al consentimiento del empresario las decisiones que afecten a la empresa<sup>1188</sup>; ii) procurar seleccionar al proveedor o profesional que resulte más idóneo para el proceso productivo o para los fines que presidan la institución de la que depende o la cual dirige, sin hallarse mediatizado por la percepción o por la solicitud de ningún beneficio personal<sup>1189</sup>; iii) deber de no optar por una oferta que perjudica los intereses patrimoniales de la empresa<sup>1190</sup>; iv) deber de obtener el mejor precio para la entidad en cuyo nombre o por cuya cuenta actúa, sin que medie la entrega de un dádiva o comisión en favor personal<sup>1191</sup>; v) deber de rechazar las dádivas que se ofrecen por un proveedor y exigir que ese importe sea reducido del precio

---

<sup>1184</sup> Que castiga la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo «por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva»; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1185</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 24; PORTERO HENARES, M., «La "privatización" de las leyes...», ob. cit., pág. 3; VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas...», ob. cit.

<sup>1186</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 492.

<sup>1187</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114.

<sup>1188</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 125.

<sup>1189</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 152.

<sup>1190</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.

<sup>1191</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

que debe pagar la entidad, de modo que el beneficio recaiga en ésta<sup>1192</sup>; v) respetar los procedimientos internos que han de seguirse a la hora de adquirir mercancías o productos<sup>1193</sup>; vi) deber de no emitir informes falsos acerca la cualidad de un producto o servicio<sup>1194</sup>.

### **C) Consecuencias de esta interpretación**

La consecuencia más relevante de esta interpretación, en relación con el contenido de las obligaciones, era el hecho de que el consentimiento del empresario excluía la tipicidad del hecho<sup>1195</sup>. El incumplimiento de obligaciones, entendido como infracción de deberes hacia la empresa o entidad, suponía que no sería punible la percepción de sobornos cuando el propio empresario los conociera o autorizara (los llamados «sobornos al descubierto»<sup>1196</sup>), porque el sujeto sobornado no infringiría sus deberes extrapenales, al no actuar «en secreto» ni a sus espaldas y, por tanto, no realizaba el tipo penal así entendido<sup>1197</sup>. Efectivamente, si con la expresión empleada legalmente se hacía referencia únicamente a las obligaciones que le incumbían al sujeto respecto del titular de la empresa o mandante, se limitaba el tipo a las conductas que el subordinado realizaba subrepticamente en contra de sus obligaciones para con la entidad para la que trabajaba<sup>1198</sup>.

En definitiva, el conocimiento y consentimiento del empresario eliminaba tal carácter subreptico y no daba lugar a incumplimiento alguno. Ello era así, con independencia del resto de circunstancias concurrentes y de la posible afección a intereses económicos de la empresa y a la leal competencia<sup>1199</sup>; incluso aunque supusieran la misma lesividad para la

---

<sup>1192</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

<sup>1193</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.

<sup>1194</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.

<sup>1195</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 223; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 325, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 676; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 126; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 357 y 358; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 443; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., págs. 20 y 21.

<sup>1196</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 357 y 358.

<sup>1197</sup> BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción...», ob. cit., pág. 136.

<sup>1198</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 440 y 441.

<sup>1199</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 126; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., págs. 20 y 21.

competencia que aquellos casos en que se actuara al margen de la empresa o entidad a la que se servía<sup>1200</sup>.

#### **D) Críticas a esta interpretación**

Los argumentos contrarios a esta consideración doctrinal eran, en resumen, los siguientes:

1) En primer lugar, entendida la infracción de obligaciones como inobservancia del estatuto obligacional que correspondía al puesto de trabajo o a la función que se desempeñaba, el delito pasaría a incorporar elementos relacionados con la lealtad con el empresario o con la empresa, lo que entraría en contradicción con la pretendida dedicación a la protección de la competencia<sup>1201</sup>. La protección de la competencia leal no podía depender de las obligaciones impuestas internamente por cada empresa a sus subordinados<sup>1202</sup>.

En consecuencia, se debían excluir del tipo las obligaciones que los directivos, administradores, empleados o colaboradores tuvieran para con su empresa o establecidas en los contratos; porque de entenderse lo contrario, el bien jurídico protegido sería el patrimonio de la empresa y no las normas que rigen el mercado y la competencia<sup>1203</sup>. Ello suponía dejar fuera del tipo supuestos de corrupción que podían afectar a la competencia o a los intereses patrimoniales de los competidores<sup>1204</sup>.

2) En segundo lugar, si el tipo penal se refería al incumplimiento de obligaciones que se tienen con el empresario, será difícil deslindarlo de aquellas otras infracciones del Derecho que se basan en tal incumplimiento, que no son exclusivamente penales (acciones de responsabilidad de los administradores, despido laboral, etc.); y especialmente difícil sería distinguir el delito de corrupción privada del delito de administración desleal, cuando se produjera un perjuicio económicamente evaluable<sup>1205</sup>.

---

<sup>1200</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 325; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 676.

<sup>1201</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 150.

<sup>1202</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 19.

<sup>1203</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 40.

<sup>1204</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 440 y 441.

<sup>1205</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 177; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 29.

3) La clandestinidad del acuerdo y percepción de la dádiva era el núcleo de la infracción, por lo que se convertía esta figura en un ilícito fundamentalmente formal<sup>1206</sup>.

4) Esta concepción era incoherente con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis CP (en su redacción anterior a la reforma de 2015) en lo que se refería a los administradores.

Este precepto establecía como uno de los fundamentos de tal responsabilidad que los administradores actuaran en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho. Si los administradores llegaran a cometer conductas propias del delito de corrupción privada con el consentimiento del empresario persona jurídica, no estarían incumpliendo sus obligaciones con respecto a la misma, de manera que su conducta sería atípica<sup>1207</sup>. Entonces, sólo subsistiría la responsabilidad de las personas jurídicas para los casos en que no consintiera las conductas de sus administradores, pero concurriera por su parte un déficit de control sobre su actividad<sup>1208</sup>.

5) El tipo penal impone la misma pena para los casos de corrupción activa y pasiva, de manera que la interpretación del incumplimiento como vinculado a las obligaciones *ad intra* del subordinado frente a su empresario carecía de sentido: si incumplía sus obligaciones y el sujeto activo del delito de corrupción activa no, no debería contemplarse el mismo tratamiento penológico<sup>1209</sup>. Como la pena es idéntica para ambos sujetos, esto sólo tendría sentido si se tratara de un incumplimiento de obligaciones *ad extra*, porque si se entendieran incluidas las obligaciones *ad intra* carecería de fundamento imponer la exigencia del incumplimiento de las obligaciones al corruptor y la pena no sería proporcional<sup>1210</sup>.

#### **3.3.2.4.2. Obligaciones derivadas del deber de respetar la competencia (obligaciones *ad extra*)**

---

<sup>1206</sup> BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción...», ob. cit., pág. 136.

<sup>1207</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 676 y 677.

<sup>1208</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 676 y 677.

<sup>1209</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 19; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 174.

<sup>1210</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 40.

## A) Deber genérico de lealtad hacia la competencia

Una segunda posición doctrinal entendía que tenían relevancia penal aquellos actos de deslealtad *ad extra*, esto es, aquellos actos que distorsionaban la competencia en relación con la adquisición de bienes y servicios comerciales en el mercado<sup>1211</sup>.

De tal modo, el incumplimiento de las obligaciones debía referirse a las derivadas de las normas que regulan la competencia<sup>1212</sup>. En consecuencia, las obligaciones que debían incumplirse son las que se relacionan con el deber de no atacar la competencia, entendidas como aquellas que tiene un sujeto que actúa en el mercado<sup>1213</sup>.

Conforme indicaba este sector doctrinal, para determinar el contenido y alcance de las obligaciones había que acudir a las disposiciones legales en materia de competencia. Especialmente la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>1214</sup>.

En tal sentido, el art. 4.1 de la Ley de Competencia Desleal, establece una cláusula general por la cual:

«Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro

---

<sup>1211</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 40.

<sup>1212</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 178; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., págs. 2 y 3.

<sup>1213</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 31.

<sup>1214</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 179, y OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 31; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 40; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 20; BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre...», ob. cit., pág. 87.



medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

A su vez, el art. 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia recoge las conductas prohibidas y, dentro de ellas las conductas colusorias. Así, señala:

«Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

(...) e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

Por tanto, de estos preceptos surgía un deber general de conducta leal desde el punto de vista de la competencia, que incumbe a toda persona que actúa en el mercado<sup>1215</sup>. Una forma de manifestación de ese deber, en el ámbito de las obligaciones a las que se refiere el art. 286 bis CP, era la obligación genérica de no dispensar un trato de favor a un competidor frente a otros en las relaciones que mencionaba el tipo, a causa de la recepción de un soborno<sup>1216</sup>.

## **B) Consecuencias de esta interpretación**

Esta concepción implicaba que para aplicar el delito del art. 286 bis CP era preciso concretar en qué conducta, de las definidas como competencia desleal en las leyes sobre competencia (y normativa concordante), había incurrido el sujeto (por ejemplo, que la dádiva tuviera por objeto la ruptura de una relación comercial previa con el competidor, sin preaviso, o comportara una venta a pérdida o se tradujera en actos de denigración)<sup>1217</sup>.

Otra consecuencia relevante era que el consentimiento del empresario no excluía la tipicidad del hecho<sup>1218</sup> y que el delito era aplicable aunque el

---

<sup>1215</sup> BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre...», ob. cit., pág. 87.

<sup>1216</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 441.

<sup>1217</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 561.

<sup>1218</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 150; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., págs. 33 y 34; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y

subordinado produjera un beneficio a su empresa. En ambos casos subsistía la infracción del deber de respeto a la competencia por el trato de favor dispensado.

En efecto, el consentimiento del propietario de la empresa resultaba absolutamente inoperante, puesto que no sólo el deber subsistía, sino que el mismo carecía de capacidad para autorizar comportamientos lesivos de la competencia leal<sup>1219</sup>. No tendría sentido que el empresario pudiera consentir conductas anticompetitivas que escaparan de lo que él mismo podría realizar lícitamente en ejercicio de su libertad de empresa<sup>1220</sup>. Es más, dependiendo de la concreta actuación del empresario podría surgir su propia responsabilidad penal<sup>1221</sup>.

Por otra parte, se consideraba indiferente que, a consecuencia del soborno, se produjera un perjuicio o un beneficio para la empresa. El perjuicio no era elemento del tipo; sin que obstara, naturalmente, para que, en caso de que se produjera un perjuicio patrimonial, ello pudiera dar lugar a un concurso con otras modalidades delictivas<sup>1222</sup>.

### **C) Críticas a esta interpretación**

Los argumentos que se podían oponer a esta consideración doctrinal eran los siguientes:

1) No quedaba clara en la regulación legal esa posible vinculación, de una persona encuadrada en una empresa, a las obligaciones genéricas de respeto a la competencia leal<sup>1223</sup>. Se consideraba discutible si esa persona podía ser sujeto activo de las conductas sancionadas en estas leyes<sup>1224</sup>, en la medida en que los deberes de competencia leal afectan fundamentalmente a los empresarios. Ello era especialmente relevante en el caso de que se tratara de un empleado o de un colaborador, porque debería afirmarse la existencia respecto de ambos de un deber de velar por el buen funcionamiento del mercado.

---

NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 111; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100.

<sup>1219</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 150.

<sup>1220</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 33 y 34.

<sup>1221</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1222</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151.

<sup>1223</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 441.

<sup>1224</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 31.

Sin embargo, esta crítica recibía contestación, conforme al contenido de los arts. 2 y 3 de la Ley de Competencia Desleal. En este sentido, debía tenerse presente que el art. 2 de la Ley de Competencia Desleal señala:

«1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no».

A su vez, el artículo 3 del citado texto legal indica:

«1. La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal».

Conforme a estos preceptos, los actos de competencia desleal son actos con estas características: i) se realizan en el mercado; ii) por los empresarios, profesionales o cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en él; iii) con fines concurrenciales; y iv) para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Siendo ello así, los empresarios o profesionales son susceptibles de lesionar la competencia, con sus conductas, al realizar comportamientos desleales en los términos de la Ley de Competencia Desleal. Pero también los empleados o colaboradores dependientes del empresario podían hacerlo, no tanto porque estuvieran incluidos expresamente en el ámbito de aplicación de la

Ley, sino porque no podía afirmarse tajantemente que estuvieran excluidos del mismo<sup>1225</sup>.

2) La segunda objeción posible se basaba en la entidad de la obligación incumplida; esto es, se discutía si el incumplimiento de las obligaciones derivadas del respeto a la leal competencia tenía la importancia y lesividad suficiente como para justificar la tipificación de estas conductas<sup>1226</sup>.

#### **3.3.2.4.3. Toma de postura (deberes *ad intra/ad extra*)**

A nuestro juicio, en la disyuntiva entre que las obligaciones fueran las que regían *ad intra* (con el empresario) o *ad extra* (con el mercado y la competencia) se debía optar por la segunda posibilidad. No sólo por el bien jurídico protegido en el tipo, sino porque -de entender lo contrario- las consecuencias eran incoherentes en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por las siguientes razones.

Si optábamos por considerar que las obligaciones que se debían incumplir eran las propias del estatuto profesional del subordinado, esto es, las obligaciones y deberes que le vinculaban con su principal, entonces si éste conocía que el sujeto estaba solicitando o aceptando un soborno, no había delito. Si el empresario sabía y aceptaba que el subordinado recibía o solicitaba un soborno no habría deslealtad alguna (no podía ser desleal quien actúa con consentimiento de su principal). Faltaría uno de los elementos del tipo: el incumplimiento de obligaciones.

Esta solución podría parecernos coherente si partiéramos de la base de que el tipo penal protege la lealtad en la relación entre empresario y subordinado. Sin embargo, la aplicación de todas sus consecuencias nos abocaba

---

<sup>1225</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 32.

<sup>1226</sup> Frente a esta crítica se afirmaba que sí era posible la tipificación sobre la base de la infracción de este deber porque: i) se trataba de una obligación específica extrapenal que tienen los sujetos que concurren en el mercado en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales; ii) era el único camino posible para dotar de utilidad y de contenido a esta figura, ya que si fuera necesario, para consumar este delito que se infringieran las obligaciones para con la empresa, no se podría aplicar en los casos en que se produjera un beneficio a la misma, convirtiéndose en una figura meramente simbólica de aplicación imposible; iii) ello no suponía una expansión del Derecho Penal, dada la ineficacia de las normas existentes y de las demás instancias jurisdiccionales para atajar las conductas colusorias recogidas en el ámbito de la competencia; y iv) el bien jurídico «lealtad competitiva» es un principio rector de la economía de mercado cuyo menoscabo, a través de comportamientos corruptos, justifica el recurso a la sanción penal, de manera que la incriminación tendría un valioso efecto preventivo y de refuerzo de las sanciones civiles en este ámbito; cfr. OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 179 a 181, y OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

a una situación absurda, al trasladar esta solución al campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado en el artículo 31 bis del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de 2015)<sup>1227</sup>.

Dicho precepto indicaba, en su número 1:

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

Por tanto, el presupuesto fundamental de dicha responsabilidad era que se cometiera un delito en su seno. Respecto a qué debía entenderse por «delito», hemos de concluir que el mínimo exigible era que se tratara de una conducta descrita en el tipo penal, esto es, bastaba con que concurriera el elemento de la tipicidad. Pues bien, si se trataba de un supuesto en el que el subordinado aceptaba un soborno con el conocimiento y consentimiento de la persona jurídica, entonces el hecho ni siquiera era típico (como antes hemos razonado), por lo que no habría «delito» en los términos exigidos por el artículo 31 bis del Código Penal. Sin «delito» no habrá responsabilidad de las personas jurídicas, como tampoco habría responsabilidad para el subordinado que solicitaba o aceptaba el soborno.

Esta solución era absurda por la razón siguiente: se trataba de manera más favorable (porque no tendría responsabilidad penal) a la persona jurídica que conocía y consentía que sus subordinados (directivo, administrador, empleado o colaborador) aceptaban sobornos o los solicitaban en sus relaciones

---

<sup>1227</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., «La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del Código Penal de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, 2011, págs. 169 a 194, esp. págs. 187 y 188. En igual sentido, VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 324 y 325, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 675; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 443 y 444; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 14; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., págs. 384 y 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 704.

mercantiles, que a aquellas personas jurídicas que no conocían tal práctica y establecían mecanismos de control para evitarla (si bien se mostraban insuficientes, lo que daba lugar a su responsabilidad penal). Dicho de otra manera, se trataba peor a la entidad que no permitía la corrupción de sus subordinados e instauraba reglas de control para evitarlo (si bien esas reglas se consideraban inadecuadas o insuficientes, de manera que por ello surgía su responsabilidad penal), que a las entidades que conocían, permitían o incluso alentaban que tales subordinados se corrompieran (porque si lo conocían no había deslealtad y no había «delito», a efectos del artículo 31 bis del Código Penal).

Por estas razones, a nuestro juicio, si se entendía que el tipo exigía el incumplimiento de obligaciones debía optarse por entender que tales obligaciones eran las impuestas por el ordenamiento para proteger la competencia. De tal manera que el artículo 286 bis del Código Penal no exigía para su comisión una vulneración añadida de los deberes que unían al subordinado con su principal.

#### **3.3.2.4.4. El elemento típico «incumpliendo sus obligaciones» era superfluo**

Una tercera postura doctrinal, indicaba que la exigencia típica de que el autor actuara «incumpliendo sus obligaciones» era superflua; incluso se proponía que esta expresión debía suprimirse para no frustrar la incriminación de estas conductas<sup>1228</sup> (lo que, finalmente, ha hecho el legislador en la reforma de 2015).

Desde esta perspectiva, se indicaba que carecía de sentido exigir este incumplimiento de obligaciones en el caso de la corrupción activa, porque este delito no es un delito caracterizado por la infracción de un deber extrapenal, en la medida en que es un delito común, en el que el deber surge de la propia prohibición penal<sup>1229</sup>. Además, era sobreabundante exigir que el corruptor actuara incumpliendo sus obligaciones, pues la conducta tipificada ya constituía, por sí, un incumplimiento de sus obligaciones<sup>1230</sup>.

Por otra parte, en relación con las dos modalidades (activa y pasiva) no existe norma alguna en la compraventa o en la contratación de servicios

---

<sup>1228</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 180 y 181.

<sup>1229</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 155 y 156.

<sup>1230</sup> BACIGALUPO, E., «Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal», *Escritura Pública*, nº 61, 2010, págs. 30 y 31, esp. pág. 31.

profesionales que imponga una obligación especial de no sobornar; esa obligación no es independiente de la prohibición que respaldaba el tipo del art. 286 bis CP, que es el que imponía no sobornar a la contraparte o no aceptar o no hacerse sobornar por la contraparte<sup>1231</sup>.

Desde este punto de vista, el consentimiento del empresario era irrelevante y aunque existiera se mantendría la tipicidad.

Esta postura era objeto de crítica, al entender que era una tesis *contra legem*; que tenía como consecuencia que el delito perdiera sentido como delito de corrupción y se convirtiera en una mera regla ética, relativa a los negocios; y al prescindir del elemento típico «incumpliendo sus obligaciones» acababa siendo contraria a la definición de este delito en los textos internacionales<sup>1232</sup>. También se indicaba que la obligación incumplida no podía ser, justamente, la de no ofrecer o percibir ventajas injustificadas; no bastaba con localizar una obligación legal específica de no ofrecer o aceptar beneficios, sino que era preciso individualizar una obligación adicional incumplida<sup>1233</sup>.

Pese a estas críticas, a nuestro juicio, la postura expuesta era la adecuada<sup>1234</sup>. El incumplimiento de obligaciones era un elemento que no añadía nada al tipo penal. Para que el delito se concibiera realmente como un delito de protección de la competencia, el deber que se infringía no debía ser concebido como un deber extrapenal, sino que surgía de la misma redacción del tipo penal: el art. 286 bis CP imponía el deber de no sobornar o dejarse sobornar y el hecho de hacerlo ya suponía su incumplimiento. Tal incumplimiento activaba la aplicación del tipo.

### 3.4. Toma de postura

Como hemos indicado, el elemento de favorecer «indebidamente» se puede considerar relacionado con el beneficio o ventaja no justificado, con el bien jurídico protegido o con la actuación del sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva. La necesidad de que el sujeto reciba, solicite o acepte el beneficio o ventaja como contraprestación para favorecer «indebidamente» a otro debe tener algún significado en la interpretación del tipo.

---

<sup>1231</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

<sup>1232</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 172.

<sup>1233</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 559.

<sup>1234</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., «La transparencia de las relaciones...», ob. cit., pág. 188.

En nuestra opinión, el término «indebidamente» no se debe relacionar con el concepto de beneficio o ventaja no justificado. Si la solicitud o recepción de la ventaja o beneficio indebida supone, de por sí, el hecho de que el favorecimiento también lo es, entonces el elemento «indebidamente» deviene redundante y superfluo. El carácter indebido de la ventaja o beneficio debe entenderse, como ya se ha indicado, como algo que el sujeto no está facultado para recibir; y en otro plano distinto opera la naturaleza indebida del favorecimiento.

Ese otro plano es el de la afectación al bien jurídico protegido, que es la competencia leal. Favorecer indebidamente debe entenderse como otorgar a un competidor una prestación o contratación, que no habría recibido si el proceso de decisión no hubiera estado viciado o influido por el soborno. En este sentido, el término «indebidamente» refuerza el vínculo causal entre ventaja o beneficio no justificado y favorecimiento, ya que uno condiciona el otro. Es decir, la recepción o solicitud del soborno conlleva una actuación del sujeto sobornado para preferir de manera desleal a un competidor frente a otro. En tal medida, este elemento típico redunda en la consideración del delito como delito contra la competencia leal.

En ningún caso, debe vincularse el término «indebidamente» con un posible incumplimiento de las obligaciones del sujeto sobornado, con el riesgo de que, mediante el mismo, se introduzca indirectamente en el tipo una infracción de deberes extrapenales por su parte. El legislador, en la reforma de 2015, se ha cuidado de eliminar expresamente este elemento, que enturbiaba enormemente el entendimiento de la infracción penal y la desnaturalizaba, acercándola al ámbito de la administración desleal. Retomar toda la polémica sobre la cuestión, con la nueva redacción, no se cohonestaría con tal proceder del legislador.

## **5. EN LA ADQUISICIÓN O VENTA DE MERCANCÍAS, O EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS O EN LAS RELACIONES COMERCIALES**

### **1. Introducción**

Literalmente, la conducta típica se circunscribe a favorecer indebidamente a otro «en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales». En este punto, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha ampliado el ámbito de aplicación del delito, ya que anteriormente se centraba «en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». En consecuencia, la nueva redacción



se refiere a todos los servicios (no sólo los profesionales) y añade las relaciones comerciales.

El alcance interpretativo de esta expresión incide en el ámbito de aplicación del tipo, en la medida en que contextualiza la acción típica en un determinado grupo de situaciones. Es decir, está centrando el tipo penal en los supuestos de efectiva situación de competencia o concurrencia en el mercado, ya que es en ella cuando cabe hablar de adquisición o venta de mercancías, de contratación de servicios y de relaciones comerciales.

La doctrina se mostraba crítica con la redacción inicial del tipo, porque no era posible afirmar que en toda situación de competencia o concurrencia fuera aplicable el mismo, ya que al referirse a actividades concretas (compraventa de mercancías y arrendamiento de servicios profesionales) dentro de ese marco general quedaban fuera de su alcance otros contextos empresariales distintos<sup>1235</sup>. Es decir, había otros actos de comercio, que no eran la adquisición o venta de mercancías o contratación de servicios profesionales, en los que podían darse prácticas de corrupción orientadas a un favorecimiento indebido y que, sin embargo, resultaban extrañamente atípicas<sup>1236</sup> (pensemos, por ejemplo, en supuestos como la fusión o adquisición de empresas o de áreas de negocio). Además, existen formas de contratación, tanto o más comunes que la compraventa y el arrendamiento de servicios profesionales, que se prestan también en régimen de concurrencia competitiva<sup>1237</sup>, como el caso de otros tipos de arrendamiento u operaciones de *leasing* que se realizan concurriendo varios competidores<sup>1238</sup>.

Actualmente, con la redacción vigente estas operaciones comerciales quedan incluidas en el tipo.

## 2. Adquisición o venta de mercancías

En primer lugar, el tipo se refiere a «la adquisición o venta de mercancías», esto es, la permuta y la compraventa mercantil. En realidad, tal compraventa es una relación comercial, por lo que su mención específica es

---

<sup>1235</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151; ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea», *Diario La Ley*, nº 7989, 21 de diciembre de 2012.

<sup>1236</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 427; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 22.

<sup>1237</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151.

<sup>1238</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 434 y 435, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 39.

innecesaria desde la reforma de 2015, al ampliar la mención a todo tipo de relación comercial.

### 3. Contratación de servicios

Por otra parte, el tipo incluye «la contratación de servicios», debiendo entenderse que se incluyen tanto los profesionales como los no profesionales. En este caso, se supera la referencia expresa a la contratación «de servicios profesionales», que era problemática con anterioridad a la reforma de 2015.

Con la redacción anterior se discutía qué significaba dicha expresión. Una primera interpretación consistía en incluir los servicios prestados por profesionales liberales<sup>1239</sup> -como equivalentes a profesionales titulados<sup>1240</sup>-. Es decir, el concepto de servicio profesional se restringía al que se deduce del artículo 1.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales<sup>1241</sup>, que al definir, las sociedades profesionales, señala:

«1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional (...).

Otro sector, en una interpretación más amplia, entendía que se incluían también todos los servicios prestados por cualquier persona que hubiera hecho de una actividad «su profesión» (en el sentido de servicios o actividades que no se refirieran a la compraventa de mercancías o la fabricación de productos<sup>1242</sup>).

Con la nueva redacción típica ya no se distingue entre servicios profesionales o de otro tipo, por lo que se incluye toda prestación de servicios por parte de una persona (haya hecho o no de ello no «su profesión»), entendida

---

<sup>1239</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 23, nota 65.

<sup>1240</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627.

<sup>1241</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 23, nota 65.

<sup>1242</sup> Cfr. NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 23, nota 65.

como actividad por cuenta propia, a título lucrativo y habitual. De esta manera se amplía el ámbito del delito, porque dentro de los actos prescritos se incluyen los realizados en el marco de la contratación de servicios no prestados por profesionales en sentido estricto<sup>1243</sup>. La reforma de 2015 es adecuada, al entender el concepto de servicios en un sentido amplio (no sólo profesionales), para lograr una mayor protección del bien jurídico y porque no se ve la razón para restringirla a un determinado grupo de profesionales exclusivamente, máxime dada la habitualidad y relevancia social y económica de los servicios que quedarían excluidos.

En todo caso, la referencia a la «contratación de servicios» supone que se excluye del tipo todo lo relacionado con la contratación laboral<sup>1244</sup>, pues no supone la contratación de un servicio, sino de la «fuerza de trabajo»<sup>1245</sup>. Lo que probablemente se deba a que el mercado laboral se considera que se inscribe en un marco distinto al de la competencia leal<sup>1246</sup>.

#### **4. Relaciones comerciales**

El tipo penal cierra con esta mención el ámbito de actividades en el que se puede cometer el hecho. Se trata de una fórmula general y que se pretende que sea omnicomprensiva, para incluir los supuestos que quedaban al margen con la redacción anterior.

### **III. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Los elementos de la conducta típica en el caso de la corrupción privada activa, en la redacción inicial del delito mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, eran los siguientes (art. 286 bis.1 CP): i) prometer, ofrecer o conceder; ii) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados; iii) para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros; y iv) incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

---

<sup>1243</sup> MIRÓ LLINARES, F., «Capítulo vigésimo. Delitos contra...», ob. cit., pág. 653.

<sup>1244</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 434 y 435, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 636.

<sup>1245</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627.

<sup>1246</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 151.

Si bien sobre este último elemento, como ya hemos expuesto anteriormente, se discutía si era exigible al sujeto activo de este delito en la manera en la que estaba descrito en el tipo, dado que cabía entender que el incumplimiento de obligaciones debía predicarse exclusivamente de la persona que recibía el soborno, no de quien actuaba en posición activa.

Sin embargo, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los elementos de la conducta típica han variado, y ahora son (art. 286 bis.2 CP): i) prometer, ofrecer o conceder; ii) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados; iii) como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros; y iv) en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

## **2. PROMETER, OFRECER O CONCEDER**

Los verbos típicos del delito de corrupción privada activa son tres: prometer, ofrecer y conceder. También es un tipo mixto alternativo, en el que basta con la realización de una sola de las conductas descritas en el tipo para la realización del mismo.

1) «Prometer» significa gramaticalmente, según el Diccionario de la Real Academia Española, «obligarse a hacer, decir o dar algo». En su descripción típica significa comprometerse a una entrega futura del beneficio o ventaja no justificada objeto de la contraprestación<sup>1247</sup>; o bien anunciar la entrega del beneficio o ventaja, pero no inmediatamente<sup>1248</sup>.

2) «Ofrecer» significa, gramaticalmente, «comprometerse a dar, hacer o decir algo»; por lo que difícilmente se puede distinguir de «prometer». Pero también significa «presentar y dar voluntariamente algo» o «decir o exponer qué cantidad se está dispuesto a pagar por algo». Acudiendo a estas acepciones, ofrecer tiene un sentido más inmediato de dar o entregar aquello que es objeto material de la acción corruptora<sup>1249</sup>. Esto es, la oferta supone la materialización

---

<sup>1247</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 358.

<sup>1248</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98; y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 14 y 15.

<sup>1249</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98; y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15.

de la promesa<sup>1250</sup>, en la medida en que supone una explicitación de lo que se entregará, si se llega a un acuerdo<sup>1251</sup>.

3) «Conceder» significa «dar, otorgar». Supone la entrega, de manera efectiva, de lo previamente prometido u ofrecido<sup>1252</sup>. Pero también la aceptación de la solicitud o requerimiento de que se le entregue al proponente el beneficio o la ventaja<sup>1253</sup>; por lo que en este segundo caso -al igual que ocurría con el verbo «solicitar» en el caso de la corrupción privada pasiva- se diluye la diferencia entre ambas modalidades de corrupción, porque el sujeto que entrega el beneficio o ventaja no es quien toma la iniciativa, sino que acepta la iniciativa que parte de contrario.

Como se observa, se da igual tratamiento penal a conductas de diferente intensidad, lo que podrá tener efecto a la hora de la individualización de la pena<sup>1254</sup>.

En cuanto a la necesidad de que las promesas y ofrecimientos sean conocidos por la persona a la que se dirigen, la doctrina discute si son típicos aunque no hayan sido conocidos por ella<sup>1255</sup>; o si, por el contrario, sólo serán típicos si han llegado al conocimiento de las personas con capacidad de decisión en la empresa<sup>1256</sup>. Este es una cuestión referida a la consumación del delito y al carácter recepticio o no de la promesa.

### **3. BENEFICIO O VENTAJA DE CUALQUIER NATURALEZA NO JUSTIFICADOS**

En relación con este elemento típico cabe reiterar lo dicho para el caso de la modalidad pasiva del delito, al ser coincidente en todos sus extremos.

### **4. COMO CONTRAPRESTACIÓN PARA QUE LE FAVOREZCA INDEBIDAMENTE A ÉL O A UN TERCERO FRENTE A OTROS**

---

<sup>1250</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>1251</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 358 y 359.

<sup>1252</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 359; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>1253</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98; y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1254</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>1255</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1256</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

Desde la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el tipo exige que la ventaja o beneficio no justificado se prometa, ofrezca o conceda a un sujeto «como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros».

En relación con este elemento típico cabe reiterar lo dicho para el caso de la modalidad pasiva del delito, con la salvedad de que existe una diferencia en la descripción típica, que no tiene efectos relevantes: mientras que en el caso de la modalidad pasiva se dice que el favorecimiento se ha de referir «a otro», en la modalidad activa se refiere «a él [entendido como el sujeto que soborna] o a un tercero». En cualquier caso, el efecto es el mismo: es indiferente en ambas modalidades que se busque el favorecimiento del sujeto corruptor o de un tercero, ya que en ambos casos se favorece a otro.

## **5. EN LA ADQUISICIÓN O VENTA DE MERCANCÍAS, O EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS O EN LAS RELACIONES COMERCIALES**

En relación con este elemento típico cabe reiterar lo dicho para el caso de la modalidad pasiva del delito, al ser coincidente en todos sus extremos.

## **IV. MODALIDADES DE CONDUCTA TÍPICA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La doctrina alemana ha descrito algunas de las modalidades de conducta típica de este delito que se dan en la práctica. Así distingue entre: «alimentar» (*Anfüttern*<sup>1257</sup>), los *kickbacks* y las «cajas negras» destinadas a sobornos<sup>1258</sup>.

### **2. LAS CONDUCTAS DE «ALIMENTAR»**

#### **1. Introducción**

Como ya hemos indicado anteriormente en este trabajo, en el concepto de «alimentar» se incluyen regalos, invitaciones a espectáculos de diversa naturaleza (musicales, deportivos), introducción en círculos privilegiados, obtención de preferencias, etc. Es decir, se realizan sucesivas entregas de obsequios de reducido valor económico o de pequeñas cantidades que, al final, generan una red de dependencia o subordinación.

---

<sup>1257</sup> *Anfüttern* significa, literalmente, «cebar».

<sup>1258</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 162.

Estas prácticas se encuentran en una zona límite, donde es difícil deslindar lo que es subsumible bajo el concepto de beneficio o ventaja no justificados del tipo del art. 286 bis CP<sup>1259</sup>. Ello porque estas actividades pueden deberse a un interés en mantener las buenas relaciones comerciales o empresariales de cara a futuras oportunidades de negocio o que estos pagos sean parte de una estrategia de «cuidar al cliente»<sup>1260</sup>. Pero, sin perjuicio de ello, cuando su entrega y recepción comienza a ser excesiva o pasa a ser de lujo, o se ofrecen en situaciones específicas (cuando está pendiente una decisión sobre un negocio o en un período restringido durante el desarrollo de una licitación), se puede cruzar fácilmente la línea y convertir una práctica comercial aceptable en un soborno ilegal.

En este ámbito, ya tratamos acerca del llamado *WM-Ticket-Affäre* («caso de las entradas de la Copa Mundial»), ocurrido en Alemania.

## **2. Un supuesto debatido: las promociones empresariales**

Un supuesto debatido en esta materia es de las promociones empresariales. Es decir, una estrategia mercantil de una empresa que opta por promocionar un determinado producto mediante regalos, descuentos, bonos, etc., para que ese producto sea ofertado y vendido frente a otros.

La primera posibilidad es que esos elementos promocionales se reciban por la propia entidad, como empresario.

Para un sector doctrinal, en este caso se entiende que la dádiva está justificada<sup>1261</sup>; porque no existe delito cuando se ofrece una ventaja a la propia entidad de la que se espera la contratación<sup>1262</sup>.

CASTRO MORENO facilita el siguiente ejemplo: un proveedor de hostelería ofrece mil litros de cerveza gratis al empresario que va a abrir un nuevo establecimiento, con la condición de que adquiera sus productos en exclusiva durante un determinado período, y no los de la competencia. En su opinión, no existe en este caso un delito de corrupción entre particulares, aun cuando la ventaja entregada tenga por objeto excluir a la competencia, porque lo único que está haciendo es realizar una mejor oferta o propuesta más atractiva

---

<sup>1259</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 162.

<sup>1260</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 240.

<sup>1261</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100.

<sup>1262</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624.

para la entidad que otros competidores; sin que el delito del art. 286 bis CP deba servir de freno para el adecuado desarrollo de la iniciativa empresarial y de las estrategias y políticas comerciales (más o menos agresivas) que cada empresario defina<sup>1263</sup>.

A nuestro juicio, la conducta de realizar promociones a favor del empresario es atípica, pero no porque se trate de un beneficio o ventaja justificado, sino porque el tipo legal no recoge al mismo (al empresario) como sujeto activo del delito de corrupción pasiva, como ya se ha visto anteriormente. Pensemos en el siguiente ejemplo, también señalado por la doctrina<sup>1264</sup>: el mismo proveedor de hostelería al que antes nos referíamos acuerda financiar al empresario o, incluso, pagarle las reformas del local, con la condición de que sea su proveedor oficial. Esta actuación, *ab initio* traspasa los límites de una política comercial agresiva, constituyendo un acto que pone en peligro la competencia justa y honesta, y por lo tanto, encuadrable en la corrupción entre particulares. Es decir, las promociones a favor del empresario pueden suponer un ataque a la competencia, pero el delito no es aplicable por la restricción subjetiva descrita.

La segunda posibilidad es que los regalos o bonos promocionales se ofertan y entreguen a aquellas personas encargadas de decidir la adquisición de un producto respecto a los productos de otras empresas. En tales casos, dependiendo de cuál sea la entidad del beneficio o ventaja cabe la intervención penal, porque a nuestro juicio podrían concurrir los presupuestos de la acción típica.

Algún sector doctrinal discrepa de esta conclusión, en la medida en que considera que estamos ante un supuesto que por, su propia esencia, es de Derecho Privado<sup>1265</sup>. O, incluso, porque las promociones son, en realidad, parte del precio del producto y precisamente sirven para estimular la competencia<sup>1266</sup>, facilitando el siguiente ejemplo: un distribuidor de bebidas refrescantes ofrece a los encargados de compras de diversos establecimientos hoteleros y restaurantes un viaje si logran vender más de una determinada cantidad de sus productos. En este caso, la promoción constituye un incentivo para que vendan más sus refrescos que los de la competencia, pero se añade que tal actividad debe realizarse de forma transparente -lo que exige que el empresario lo conozca o figure la posibilidad de obtener estos beneficios de

---

<sup>1263</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624. Se muestra conforme con este ejemplo y su tratamiento legal, ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 49.

<sup>1264</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 49.

<sup>1265</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18.

<sup>1266</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.



forma expresa en los contratos- y sin solicitar ningún incumplimiento de sus obligaciones<sup>1267</sup>.

A nuestro juicio, no es que esta actividad sea atípica porque no ataque al bien jurídico competencia leal (que lo puede hacer, según los casos), sino porque esta posición doctrinal considera que el bien jurídico es otro y pivota sobre las relaciones entre empresario y subordinado.

En definitiva, las promociones no están excluidas del tipo, por cuanto pueden afectar a la competencia y dar lugar a un delito de corrupción entre particulares; es más, posiblemente sea uno de los ámbitos en los que el delito puede darse con más frecuencia, ya que para instalarse en un mercado o ganar cuota en el mismo una empresa puede llevar a cabo prácticas de soborno con el fin de superar a sus competidores.

### 3. LOS KICKBACKS

En segundo lugar, otra modalidad frecuente de conducta típica -por no decir la más frecuente- son los *kickbacks*. Se caracterizan porque el vendedor, de acuerdo con el comprador, incorpora al precio una suma adicional que luego es devuelta a éste opacamente<sup>1268</sup>; o porque al representante de una de las partes contratantes se le abonan por la contraparte, ya sea por la firma del contrato, ya sea por la ejecución del mismo, una serie de ventajas económicas deducidas de las prestaciones efectuadas por la empresa representada<sup>1269</sup>. Se trata de lo que se conoce en nuestro ordenamiento como «comisión». Incluso algunos autores identifican este término con el de «beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados»<sup>1270</sup>.

Como hemos indicado en otra parte de este trabajo, en Alemania han sucedido supuestos conocidos de esta práctica, como los casos de la venta de tanques a Arabia Saudí en la primera guerra del Golfo, el *Kölner Müllskandal* («escándalo de los residuos de Colonia»), el caso del *Allianz-Arena* o el escándalo *Media-Markt*

En nuestro país, no han surgido a la luz supuestos tan relevantes como en Alemania que hayan sido objeto de persecución como delito de corrupción

---

<sup>1267</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.

<sup>1268</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163.

<sup>1269</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., págs. 236 y 237.

<sup>1270</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 622.

privada. Pero, en este ámbito, podemos citar la STS, Sala 2ª, nº 867/2002, de 29 de julio, que, sobre los *kickbacks* en el ámbito privado, dice lo siguiente:

«Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida».

#### **4. LAS «CAJAS NEGRAS»**

La tercera modalidad de acción típica que también ha sido descrita es la utilización de «cajas negras» o «cajas B», fuera del control contable, para ocultar los pagos realizados con el fin de obtener contratos mediante soborno<sup>1271</sup>. Un supuesto conocido mundialmente fue el de las «cajas negras» para soborno de Siemens, en el que la citada entidad contaba con un fondo de miles de millones de dólares para abonar sobornos en diversos países y obtener así contratos (especialmente de telefonía móvil)<sup>1272</sup>.

---

<sup>1271</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163.

<sup>1272</sup> Sobre este supuesto, véase BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos

## V. CAUSACIÓN DE UN PERJUICIO

En nuestra opinión, la conducta típica no exige, en ningún caso y en ninguna de las dos modalidades (activa o pasiva), que el sujeto sobornado produzca un perjuicio a la sociedad. Es decir, el daño patrimonial a la sociedad no es elemento del tipo ni tampoco el resultado del mismo. Evidentemente, esta idea no se acepta por la posición doctrinal que considera que el delito también protege el patrimonio del empresario, para el cual quedan fuera del tipo los supuestos de entrega de dádivas no perjudiciales para el mismo, aunque le resulten desconocidas<sup>1273</sup>.

Autores como SILVA SÁNCHEZ<sup>1274</sup> entienden que el delito sí exige tal perjuicio. Así, considera que un sujeto ha de ofrecer o entregar un beneficio o ventaja «no justificados»; y tal concepto indeterminado debe entenderse como beneficio o ventaja que no tengan como contrapartida la realización de una actividad lícita. Para determinar cuándo ello es así, el art. 286 bis CP proporciona un criterio sistemático: la ilicitud vendría dada por el hecho de que el sujeto perceptor favorezca al pagador frente a otros terceros «incumpliendo sus obligaciones»<sup>1275</sup>. Dichas obligaciones no se incumplirían por el mero hecho de percibir un beneficio o ventaja, al decidir o efectuar propuestas sobre a quién se contrata, sino que su infracción requeriría que dicha contratación, además, perjudique a la empresa. Por lo que sólo considera típicos los pagos de comisiones cuando la contratación, a causa del pago indebido, suponga una vulneración de las obligaciones del perceptor del pago, en el sentido de que con su decisión cause un perjuicio a la empresa (por ejemplo, cuando el servicio contratado es de inferior calidad o su precio resulta superior al de otros profesionales no contratados).

En este punto, cabría argumentar que el tipo no exige expresamente la causación de un perjuicio, pero que esa exigencia no es necesaria, en la medida en que se presume que toda corrupción ya conlleva de manera implícita el daño

---

Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU», *Diario La Ley*, nº 7295, 1 de diciembre de 2009, *passim*; y KLINKHAMMER, J., «Varieties of corruption in the shadow of Siemens: a modus operandi study of corporate crime on the supply side of corrupt transactions», en VAN ERP, J., HUISMAN, W. y VANDE WALLE, G., *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, págs. 318 a 335, *passim*.

Sobre esta modalidad, volveremos posteriormente al tratar la relación concursal entre el delito de corrupción privada y el delito de administración desleal.

<sup>1273</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35.

<sup>1274</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Pueden los notarios pagar comisiones para captar clientes?», *El Notario del Siglo XXI*, nº 41, enero-febrero, 2012, págs. 194 a 197, esp. págs. 196 y 197.

<sup>1275</sup> Se refiere a la redacción anterior a la reforma de 2015.

patrimonial a la sociedad. Así como que ese daño patrimonial siempre se va a producir, porque el corruptor va a incluir el importe de la ventaja o la dádiva (el precio del soborno) en el precio final del producto o servicio que contrata; con lo cual será finalmente el empresario, cuyo subordinado es corrompido, quien acabará pagando el precio del soborno. Es evidente que si ello sucede se causa un perjuicio a la sociedad, que, además, podría verse agravado por el hecho de que el empleado, a consecuencia del soborno, hubiera procedido a elegir la prestación menos competitiva (bien por su precio más alto o bien por su calidad más baja) respecto a otras.

Pero ello no tiene por qué suceder necesariamente así. También es factible que el importe del soborno no se incluya en el precio del producto o servicio, sino que sea asumido por el corruptor: o incluso que la empresa obtenga a causa del contrato un beneficio mayor que el derivado del pago del soborno. Es decir, el perjuicio no tiene por qué concurrir en todos los casos. De manera que es factible apreciar supuestos en los que sí se causa un perjuicio a la sociedad, pero también otros en los que tal perjuicio no se causa, o, incluso, en los que se produce un beneficio a la sociedad<sup>1276</sup>.

Pues bien, en todos estos casos, ya se cause o no un daño patrimonial a la sociedad o, incluso, aunque se le proporcione un beneficio, nos encontraríamos ante un delito del artículo 286 bis del Código Penal (sin perjuicio de que en algunos de los supuestos descritos habría una relación concursal con el delito de administración desleal, como luego veremos). La causación de un perjuicio efectivo no es un elemento del tipo, cuya concurrencia sea necesaria para la consumación del mismo; ya que la producción o no de un perjuicio patrimonial (o incluso la producción de un beneficio) es indiferente a estos efectos.

---

<sup>1276</sup> Sobre las distintas posibilidades en este punto, véanse los ejemplos que pone GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., págs. 13 y 14.



## CAPÍTULO NOVENO. EL TIPO SUBJETIVO

### I. INTRODUCCIÓN

El delito de corrupción entre particulares es de exclusiva comisión dolosa; como no puede ser de otra manera, dado que el tipo no recoge la posibilidad de comisión imprudente.

El autor obrará con dolo cuando conozca que realizaba la acción en el marco de una concurrencia de ofertas y que ofrecía, prometía o concedía una ventaja o beneficio no justificado o que solicitaba, aceptaba o recibía tal ventaja o beneficio<sup>1277</sup>.

Ahora bien, el delito en su redacción inicial exigía que se actuara «para» o «con el fin» de favorecer. Tras la reforma de 2015 exige que se actúe como contraprestación «para favorecer». Como ya hemos indicado anteriormente, la doctrina discutía sobre dos cuestiones relacionadas con el dolo: i) si el tipo exige un elemento subjetivo adicional al dolo; y ii) si cabe el dolo eventual.

### II. ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL AL DOLO

Como ya hemos indicado en otro lugar de este trabajo, la expresión actuar «para» o «con el fin» de favorecer, que recogía el precepto antes de la reforma de 2015, fue objeto de interpretación doctrinal dispar.

Mientras que para un sector de la doctrina, esta expresión era manifestación de un elemento del tipo objetivo, relacionado con la idoneidad de la acción, otro amplio sector consideraba que se trataba un especial elemento subjetivo del tipo<sup>1278</sup>, añadido al dolo propio del delito. Así, desde esta perspectiva, el autor tenía que obrar guiado por un elemento subjetivo del injusto, que consistía en el propósito o finalidad de favorecer<sup>1279</sup>.

---

<sup>1277</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165. Sobre el concepto y alcance del dolo, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 467 y ss.

<sup>1278</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 354 y pág. 360; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 37.

<sup>1279</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 705; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 11; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 238; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit.,

Se hablaba de un delito de tendencia interna intensificada, porque el objetivo del soborno era conseguir una ventaja, normalmente económica, para sí o para un tercero, que podía ser el beneficiario último<sup>1280</sup>. También se calificaba como delito de emprendimiento, porque ambas partes debían actuar con un objetivo específico: la finalidad de que se produjera el favorecimiento a cambio de una ventaja no justificada<sup>1281</sup>. O de tipo mutilado de dos actos<sup>1282</sup>.

Sin llegar a hablar de un elemento subjetivo específico, BACIGALUPO consideraba que el dolo no era suficiente, porque, además del mismo, el tipo requería el «propósito» de favorecer o de ser favorecido o de que fuera favorecido un tercero<sup>1283</sup>. Esto es, el «propósito» de incidir en un proceso de decisión preferencial entre concurrentes, siendo suficiente con que el autor se representara su acción como adecuada para obtener una decisión preferente en dicho proceso<sup>1284</sup>. En sentido similar, se decía que el precepto exigía la concurrencia de una intencionalidad específica en los sujetos<sup>1285</sup>.

A nuestro juicio, no había ni hay en el tipo un elemento subjetivo distinto del dolo, sino que basta con conocer que se actúa en un ámbito concurrencial y con conocer que la aceptación o solicitud de la dádiva se hace a cambio de favorecer a otra persona. El dolo, como conocimiento del peligro concreto o bien como la indiferencia consciente respecto al peligro para el bien jurídico, supone que el sujeto es consciente de que recibe o solicita una dádiva o que la misma se ofrece o entrega en el marco de una relación entre competidores y con conocimiento de que se exige o espera una actuación posterior relacionada con la dádiva. No cabe hablar de un dolo inicial y un elemento subjetivo añadido o ligado a una intención posterior<sup>1286</sup>, sino de un conocimiento de todos los elementos de la acción desde el momento en que la dádiva se recibe, solicita o acepta o se promete, ofrece o concede.

### III. POSIBILIDAD DE APRECIAR DOLO EVENTUAL

---

y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 113; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 354 y 360; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 362.

<sup>1280</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627.

<sup>1281</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444; y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100.

<sup>1282</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 636.

<sup>1283</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

<sup>1284</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

<sup>1285</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624.

<sup>1286</sup> En contra, BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

Respecto a la posibilidad de que el dolo eventual sea suficiente para el tipo, se admite por un sector de la doctrina<sup>1287</sup>; si bien se niega por aquellos que entienden que se requiere un elemento subjetivo añadido, en la medida en que ello supone una especial intención, que sólo admite el dolo directo<sup>1288</sup>.

En otro sentido, se ha distinguido en función de la conducta típica<sup>1289</sup>. Así, en el caso de la corrupción activa se niega el dolo eventual porque la conducta de quien ofrece, promete o concede debe estar dirigida por la intención de que el receptor de la ventaja o beneficio le reconozca como contraprestación el favorecimiento frente a los restantes competidores. Mientras que en el caso de la corrupción pasiva «basta con que el autor sea consciente de la existencia de la concertación fraudulenta».

A nuestro juicio, nada impide que se aprecie el dolo eventual.

---

<sup>1287</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 388, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 707.

<sup>1288</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 96, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 13; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 12; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 19; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

<sup>1289</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326 y 327; y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677. En este punto, afirma que sigue a la doctrina alemana y que la distinción opera, por ejemplo, para no subsumir bajo ninguno de los tipos penales, por no actuar con fines competenciales (desleales, espurios) quien, con la finalidad de informar a los consumidores, publica test independientes sobre la calidad de productos, aunque reconozca que con esa conducta esté influyendo en la competencia favoreciendo a algún competidor. En igual sentido, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 365.





## **CAPÍTULO DÉCIMO. ANTIJURIDICIDAD. CULPABILIDAD. PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD**

### **I. ANTIJURIDICIDAD**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Concebida la antijuridicidad como la contrariedad del hecho típico con el Derecho, la misma expresa si el Derecho prohíbe o permite tal hecho. En la medida en que la norma contiene mandatos, prohibiciones y autorizaciones, la antijuridicidad nos permite saber si, en el caso concreto, existe en el ordenamiento jurídico una autorización para realizar el hecho típico, esto es, si existe o no una causa de justificación<sup>1290</sup>.

Hemos de plantearnos el posible alcance de las causas de justificación en el delito de corrupción privada.

De inicio, puede afirmarse que no es factible la aplicación de la legítima defensa o el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. No es imaginable una situación en la que un acto de soborno entre particulares sea la respuesta defensiva ante una agresión ilegítima; o que tal soborno quede justificado por formar parte del cumplimiento de un deber (no son imaginables deberes que supongan la necesidad de sobornar o aceptar sobornos) o ser parte del ejercicio de las facultades propias de un derecho, oficio o cargo.

Sin embargo, plantea mayores problemas la aplicación del estado de necesidad y del consentimiento del titular del bien jurídico<sup>1291</sup>.

---

<sup>1290</sup> Sobre la antijuridicidad, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 607 y ss.

<sup>1291</sup> Sobre la naturaleza jurídica del consentimiento (si es una causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad) existe una importante polémica doctrinal (al respecto, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 543 a 548). Sin que sea el objeto de este trabajo exponer y tratar la misma, se ha optado, a efectos puramente sistemáticos, por ubicar el consentimiento en el ámbito de la antijuridicidad, en relación al bien jurídico que se considera protegido por el delito de corrupción entre particulares y su consideración de bien jurídico indisponible (como bien jurídico perteneciente a la colectividad). Con más detalle, sobre los bienes jurídicos colectivos y el consentimiento, véase CURBELO SOLARI, I., «Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes», *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n° 32, enero-junio, 2012, págs. 8 a 124; y ANGULO, G., «El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles», *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, n° 7-8, enero-diciembre, 2007, págs. 55 a 88.

## 2. ESTADO DE NECESIDAD

Podría plantearse la posibilidad de una situación de estado de necesidad en relación con el delito de corrupción entre particulares. Por ejemplo, en el caso en el que, ante una situación económica apurada de la empresa, el sujeto del delito decide efectuar un acto de soborno para obtener un contrato que le permita superar esa situación, salvando la viabilidad de la misma y de sus puestos de trabajo.

Sin embargo, es discutible que el estado de necesidad tenga efecto en el caso de la corrupción entre particulares, en la medida en que surgen los siguientes inconvenientes. Si acudimos a los elementos que el art. 20.5 CP exige para la concurrencia del estado de necesidad<sup>1292</sup>, observamos que pueden concurrir dificultades respecto a alguno de ellos. Así:

1) Respecto a la misma situación de necesidad, la jurisprudencia exige que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar el mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no queda otra posibilidad humanamente razonable que el delito<sup>1293</sup>.

Así, por ejemplo, entre las más recientes sentencias, la STS, Sala 2ª, nº 265/2015, de 29 de abril, señala:

«Como señala la reciente STS núm. 649/2013, de 11 de junio “Desde el plano de la eximente postulada de estado de necesidad, reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

---

<sup>1292</sup> «5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

<sup>1293</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 659.

De estos elementos, dice la STS 1629/2002, de 2 de octubre, merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Por lo que al elemento de la «necesidad» se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito».

Desde esta perspectiva, es evidente que será fácil apreciar la existencia de vías lícitas alternativas para salvar la viabilidad de su empresa (obtención de financiación, declaración de concurso, etc.) antes de acudir a la realización de un acto de soborno.

Además, a esta consideración de carácter general, ya restrictiva, se debe añadir que la jurisprudencia es aún más restrictiva cuando se pretende fundar la situación de estado de necesidad en supuestos de estrechez económica<sup>1294</sup>.

2) Respecto a que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, es posible considerar que la situación de dificultad empresarial puede haber sido creada, si no de manera intencionada, al menos de manera imprudente o negligente (por una mala gestión empresarial, una asunción de riesgos excesiva u otros factores). En tal caso, se

---

<sup>1294</sup> Esta doctrina jurisprudencial se ha elaborado, principalmente, en relación con el delito de tráfico de drogas; y como exponentes de la misma cabe citar, entre otras, las SSTS, Sala 2ª, nº 945/2013, de 16 de diciembre; nº 933/2007, de 8 de noviembre; o nº 722/2003, de 12 de mayo.

plantea la duda de si es posible que la persona que ha obrado así pueda oponer una situación de estado de necesidad. Mientras que algunos autores entienden que no puede invocarlo quien ha provocado en forma culpable la situación de necesidad<sup>1295</sup>; otros optan por admitirlo, aunque haya provocación imprudente de dicha situación<sup>1296</sup>.

### 3. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

Para un sector doctrinal, el consentimiento tiene efectos en el delito de corrupción entre particulares, en el caso de que el hecho del soborno se lleve a efecto con el conocimiento y/o consentimiento del empresario. Esto es, el consentimiento del empresario es relevante, en la medida en que excluye el delito.

Desde esta perspectiva, sería atípica cualquier ventaja o beneficio que el sujeto reciba si existe el consentimiento del empresario, con independencia de lo que digan la ley o los estatutos concretos<sup>1297</sup>. Es decir, la entrega de un beneficio o ventaja sería parte de un pacto transparente de contraprestación entre las partes contratantes y una faceta más del negocio, por lo que se eliminaría la tipicidad<sup>1298</sup>. Ello aunque tales comportamientos tuvieran la misma lesividad para la competencia que aquellos otros en que se actuara al margen de la empresa o entidad a la que se sirva<sup>1299</sup>.

Evidentemente, este criterio sólo se puede manejar si se acepta que el bien jurídico protegido es la lealtad en las relaciones entre empresario y subordinado o el patrimonio de la empresa en la que el sujeto sobornado se integra. Precisamente, si estos son los bienes jurídicos protegidos por el delito, en realidad, para este sector doctrinal el consentimiento excluye la tipicidad (no la antijuridicidad); bien porque existe el «acuerdo»<sup>1300</sup> del ofendido por el delito

---

<sup>1295</sup> BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 273.

<sup>1296</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 660.

<sup>1297</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 706.

<sup>1298</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., págs. 14 y 15; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1299</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 706.

<sup>1300</sup> Sobre los supuestos del llamado «acuerdo», es decir, casos en los que la acción se dirige directamente contra la voluntad del sujeto pasivo, pero que, de concurrir su voluntad, la acción carece de relevancia a efectos penales, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 542 y 543.

en la realización de la conducta típica o porque se trata de un supuesto de bienes jurídicos disponibles por parte del empresario.

Otorgar relevancia a su consentimiento supone concebir el delito como un delito patrimonial o basado en el incumplimiento de obligaciones, cuando, a nuestro juicio, el delito protege la competencia leal. Al tratarse de un bien jurídico perteneciente a la colectividad, el empresario no puede disponer del mismo (porque no es su titular) y entonces es indiferente que consienta o no. Por ello, si consideramos que el delito protege la competencia leal, el conocimiento/consentimiento del empresario es irrelevante y carece de efecto alguno.

## **II. CULPABILIDAD**

### **1. INTRODUCCIÓN**

En el ámbito de la culpabilidad, el delito de corrupción entre particulares no presenta especiales cuestiones, en cuanto a alguno de los elementos de la misma, como son la imputabilidad o la exigibilidad de otra conducta. Pero sí cabe plantearse cuestiones relacionadas con otro de sus elementos, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado o el conocimiento de su ilicitud, ya que en relación con el mismo surgen los problemas del error de prohibición.

### **2. ERROR DE PROHIBICIÓN**

Un supuesto de tal error es el caso en el que se desconoce que participar en actos de soborno entre particulares está prohibido por la ley. Mientras que, prácticamente, puede darse por descartado que se desconozca que sobornar a un funcionario público es un delito, puede suceder lo contrario en el ámbito de las relaciones entre particulares. Es decir, se puede actuar sin ser consciente de que el soborno entre privados es un hecho prohibido por la ley penal. Estaríamos ante un error de prohibición directo, consistente en que no se conoce la norma.

Incluso cabe pensar en supuestos (que también son de error de prohibición directo) en los que la persona conoce la norma, pero considera que no le es de aplicación o la interpreta de manera incorrecta. Estos supuestos estarían relacionados, en el caso de la corrupción entre particulares, con aquellos ámbitos de actividad comercial o mercantil en los que son usuales gratificaciones, en efectivo o en especie, a los profesionales del ramo.

Por ejemplo, es el caso del ámbito farmacéutico y sanitario. En estos casos, puede suceder que la persona conozca la norma penal que prohíbe los actos de soborno entre personas privadas, pero entiende que, dada la extensión de tales actos y la generalización de los mismos en su ámbito de actividad profesional, considera que tal prohibición no le alcanza.

La existencia o no del error dependerá de la circunstancias del caso concreto. Ahora bien, a nuestro juicio, concurren factores que harán especialmente complicado apreciar un error de prohibición en este ámbito.

El primero, es que, frente a la histórica falta de tipificación de estas conductas en nuestro Derecho, se puede oponer que, en una realidad económica y empresarial como la actual, en la que existe una relación constante con mercados extranjeros o con empresas extranjeras, es difícil aceptar que no se conozca que el delito de corrupción entre particulares es un delito que existe desde hace décadas en otros ordenamientos. A lo que añade que, desde el año 2003 (cuando se dictó la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado), existe la obligación de tipificar estas conductas también en nuestro ordenamiento.

El segundo factor a tener en cuenta, es que si bien este delito se ha incorporado a nuestro Derecho en el año 2010, ya existían con anterioridad regulaciones sectoriales que castigaban estas conductas, al menos con sanciones administrativas (materia de defensa de la competencia o de medicamentos). Es el caso, por ejemplo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo art. 3.6<sup>1301</sup> indica:

«A efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación, y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de convivencia. Esta prohibición será asimismo de aplicación cuando el ofrecimiento se

---

<sup>1301</sup> Esta prohibición ya se contenía en el art. 7.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

realice a profesionales sanitarios que prescriban productos sanitarios. Se exceptúan de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia. Estos podrán alcanzar hasta un máximo de un 10% para los medicamentos financiados con cargo al Sistema Nacional de Salud, siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la correspondiente factura».

En consonancia con esta prohibición, la Ley recoge como infracciones graves una serie de conductas, en su art. 101, letra b), números 27<sup>a</sup> y 28<sup>a</sup>, que son las siguientes:

«27.<sup>a</sup> Ofrecer directa o indirectamente cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios, efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de los mismos, o a sus parientes y personas de su convivencia.

28.<sup>a</sup> Aceptar, los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de medicamentos con cargo al Sistema Nacional de Salud, o sus parientes y personas de su convivencia, cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos».

Estas infracciones graves se castigan con la sanciones previstas en el art. 102 de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

Además, en el ámbito de los productos farmacéuticos y sanitarios, y con evidente relación con esta regulación legal, Farmaindustria<sup>1302</sup> elaboró un código de actuación en el año 2014<sup>1303</sup>: se trata del *Código de Buenas Prácticas*

---

<sup>1302</sup> Farmaindustria es la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica establecida en España. Agrupa a la mayoría de los laboratorios farmacéuticos innovadores establecidos en nuestro país, lo que supone la práctica totalidad de las ventas de medicamentos de prescripción bajo patente en España. Su página web es <http://www.farmaindustria.es>.

<sup>1303</sup> Este código de 2014 es el resultado de la evolución de otras regulaciones anteriores, desde que, en 1991, Farmaindustria adoptara el Código Europeo de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, aprobado por la Federación Europea de las Asociaciones de la



*de la Industria Farmacéutica*. Este código regula, con minuciosidad, materias que están directamente relacionadas con la materia que nos ocupa, como son los incentivos, primas u obsequios o los eventos que sean organizados o patrocinados por una compañía farmacéutica o bajo su control.

Tanto la regulación legal como las reglas de que se ha dotado el propio sector de actividad serán un factor a tener en cuenta a la hora de apreciar la existencia de un error o de su carácter vencible o invencible. Es cierto que las últimas son expresión de una facultad de autorregulación, pero es difícil que se pueda sostener un desconocimiento de una normativa administrativa, que viene prohibiendo desde hace décadas este tipo de prácticas<sup>1304</sup>.

### III. PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD

#### 1. LAS PENAS APLICABLES

Las penas previstas para ambas modalidades de corrupción en el art. 286 bis CP son: i) prisión de seis meses a cuatro años; ii) inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años; y iii) multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

El legislador ha optado por castigar ambas modalidades con las mismas penas. Esta decisión ha sido objeto de crítica porque se considera que el castigo de la corrupción pasiva debería ser más grave que el de la activa<sup>1305</sup>. Se argumenta que el sujeto sobornado no sólo vulnera las reglas de competencia, sino que, además, falta a los deberes de fidelidad con la empresa. Pero estas consideraciones carecen de sentido si tenemos en cuenta el bien jurídico que se protege: la competencia leal y honesta y no ninguna obligación, de carácter privado, para con la empresa<sup>1306</sup>.

Por otra parte, las penas no se diferencian en atención a la consecución o no del fin perseguido por el sujeto activo y la lesión efectiva de los

---

Industria Farmacéutica (EFPIA), hasta el inmediato precedente al código de 2014, que era el *Código Español de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios* (disponible en [http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma\\_1067.pdf](http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma_1067.pdf)), adoptado en el año 2010.

<sup>1304</sup> Sobre esta cuestión se volverá posteriormente en la parte de este trabajo en la que se trata la corrupción entre particulares y la prescripción de medicamentos.

<sup>1305</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16.

<sup>1306</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26.

competidores, de modo que tendrá que ser el juzgador el que tome en cuenta estos aspectos para recorrer el marco penal<sup>1307</sup>.

## 1. La pena de prisión

La pena de prisión prevista es la de 6 meses a 4 años. Esta entidad de la pena es objeto de crítica por varias razones.

En primer lugar, porque supera el marco penal aconsejado por la Decisión Marco 2003/568/JAI<sup>1308</sup>, dado que su artículo 4.2 indica:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años».

En segundo lugar, se considera que su duración es excesiva. Así, se ha calificado de pena exorbitada<sup>1309</sup>, absolutamente desmedida<sup>1310</sup>; excesivamente severa y con un marco penal abstracto, mínimo y máximo, desproporcionado<sup>1311</sup>; exagerada para las conductas que se tratan de evitar<sup>1312</sup>; total y absolutamente desorbitada, en atención a la entidad de la conducta<sup>1313</sup>; o claramente excesiva<sup>1314</sup>.

En tercer lugar, supone, junto con la multa, un castigo superior al impuesto a delitos de contenido patrimonial, como la estafa, apropiación indebida o administración desleal<sup>1315</sup>; cuya pena es, en el caso del tipo básico la de prisión de seis meses a tres años -sin imposición de multa-<sup>1316</sup>.

---

<sup>1307</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100.

<sup>1308</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 4.

<sup>1309</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1310</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22

<sup>1311</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 127.

<sup>1312</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22.

<sup>1313</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1314</sup> ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1315</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 25; ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1316</sup> Artículo 249 CP, al que se remiten los arts. 252 y 253 CP, para la administración desleal y la apropiación indebida, respectivamente, desde la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Desde este punto de vista, la penalidad prevista ha merecido críticas negativas y positivas. Entre las primeras se dice que:

1) No se cohonesta adecuadamente con las penas establecidas para esos otros delitos patrimoniales, en los que se exige la producción de un perjuicio<sup>1317</sup>; que no es necesario en el delito de corrupción privada, que está configurado como un delito de mera actividad que se consuma por el mero ofrecimiento o solicitud<sup>1318</sup>.

2) No tiene sentido que, por ejemplo, el administrador de una empresa haga suyo el dinero de la entidad con ánimo de lucro y perjuicio efectivo para su empresa, y, sin embargo, tenga menor sanción que el administrador de esa misma sociedad que ofrece una dádiva a un tercero para que adjudique a su empresa un contrato beneficioso para la misma<sup>1319</sup>.

Estas consideraciones han llevado a algún autor a proponer la reducción de la pena del delito de corrupción entre particulares, para no superar los dos años de prisión en su techo máximo<sup>1320</sup>. O, incluso, si se considera que las empresas privadas que prestan servicios públicos están sometidas a este delito y no a la disciplina del cohecho, se propone que se escoja la aplicación de la pena en su mitad superior cuando los sujetos activos del delito de corrupción privada actúen en representación o como directivos o empleados de sociedades de derecho privado, pero de propiedad pública<sup>1321</sup>.

---

También era objeto de crítica que este delito tuviera una pena de prisión superior a la del delito de fraude en la contratación pública del artículo 436 CP (CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18.). Este delito castigaba, con una pena de prisión de 1 a 3 años, a los funcionarios públicos o autoridades que deben intervenir en una contratación pública que se conciertan con particulares para defraudar a la Administración, imponiendo la misma pena a estos particulares. Al respecto, se indicaba que no existía la menor justificación para que la corrupción en las contrataciones públicas tuviera menor sanción que las conductas de corrupción en las contrataciones privadas (CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.); lo que resultaba difícilmente entendible en atención a la mayor protección del interés público tutelado por este último delito (CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624.).

Sin embargo, esta posible disfunción penológica ha quedado resuelta, dado que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reformado el artículo 436 CP, para introducir en el mismo una pena de prisión de 2 a 6 años.

<sup>1317</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22.

<sup>1318</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1319</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1320</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1321</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

Frente a ello se ha argumentado que es una opción del legislador conceder una mayor relevancia al bien jurídico protegido en la corrupción privada en comparación con los otros delitos patrimoniales citados<sup>1322</sup>. Así como que resulta entendible que la pena prevista para el delito de corrupción entre particulares sea superior, dado el bien jurídico que se protege en el artículo 286 bis CP, que no incluye la protección de las obligaciones *ad intra* por parte del sujeto activo para con su empresa<sup>1323</sup>.

## **2. La pena de multa**

La multa prevista es del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. La multa es una pena adecuada para los delitos de corrupción privada porque disuadirá a las empresas de cometer estas infracciones, ya que añade un coste más a la operación que provocará que el eventual beneficio a obtener sea menor que el coste<sup>1324</sup>.

## **3. La pena de inhabilitación especial**

El tipo recoge la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años. La misma es consecuencia de lo indicado en el art. 4.3 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, que señala:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva».

## **4. La publicación de la sentencia**

---

<sup>1322</sup> ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

<sup>1323</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 53.

<sup>1324</sup> BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre...», ob. cit., pág. 64.

Además de las penas indicadas, el artículo 288 CP, párrafo primero, señala que se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Estas medidas vienen a suponer una especie de reparación<sup>1325</sup> y es de destacar que la publicación en un periódico oficial es imperativa, frente a otros supuestos recogidos en el Código Penal en los que tiene carácter potestativo (por ejemplo, en el caso del artículo 272 CP -delitos relativos a la propiedad intelectual-).

## 2. PERSEGUIBILIDAD

El delito, tal y como se introdujo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se ubicó sistemáticamente en la Sección 4ª, del Capítulo XI, del Título XIII del Libro II.

Teniendo en cuenta tal circunstancia, conforme al artículo 287 CP, el delito de corrupción entre particulares era perseguible de oficio<sup>1326</sup>. Efectivamente, el art. 287 CP indica:

«1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Por tanto, consciente o inconscientemente, el legislador de la Ley Orgánica 5/2010 consideró que este delito no debía quedar supeditado a la condición de interposición de denuncia previa<sup>1327</sup>. Lo que se cohonestaba con la

---

<sup>1325</sup> MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099. Sobre la naturaleza de esta medida de publicación, GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 272», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 1045 a 1047, esp. págs. 1046 y 1047.

<sup>1326</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18.

<sup>1327</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 510; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 388; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 708.

idea de que en él se protege un bien jurídico supraindividual<sup>1328</sup>. Ello fue considerado favorablemente por un sector doctrinal<sup>1329</sup>, pero para otro quizás era algo exagerado y debería someterse a la denuncia previa<sup>1330</sup>.

Tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no queda duda de que se trata de un delito perseguible de oficio. Ello porque se mantiene dentro de la Sección 4ª y no se ha modificado el art. 287 CP, por lo que no le alcanza la necesidad de previa denuncia para su persecución.

---

<sup>1328</sup> MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 356.

<sup>1329</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 6; BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre...», ob. cit., pág. 88.

<sup>1330</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 13; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 510; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., págs. 388 y 389; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 708; y CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 5.



## **CAPÍTULO DECIMOPRIMERO. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

### **I. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN**

#### **1. CONSUMACIÓN**

##### **1. Introducción**

El delito de corrupción privada es un delito mera actividad y de peligro abstracto<sup>1331</sup>, que se consuma con la realización de las conductas descritas en los verbos nucleares<sup>1332</sup>. El delito castiga tanto el concierto fraudulento entre las partes como la mera proposición de concierto, sancionando todas las posibles formas del mismo y con independencia de quién adopte la iniciativa<sup>1333</sup>. En realidad todas las fases posibles del hecho están equiparadas a estos efectos<sup>1334</sup>.

Se trata, pues, de un delito en el que la consumación se adelanta al momento en que se realiza la primera secuencia de la conducta típica<sup>1335</sup>. Ello supone un adelantamiento de la barrera punitiva, en la medida en que actos materialmente preparatorios dan lugar a la consumación del delito<sup>1336</sup>.

##### **2. Corrupción privada activa**

El delito se consuma con la mera promesa, ofrecimiento o concesión. La promesa u ofrecimiento de dádiva sin concesión o recepción, ya supone la consumación.

---

<sup>1331</sup> En contra de esta opinión, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 167, nota 42; para quien el tipo exige la constatación de que efectivamente ha existido una perturbación en el funcionamiento concurrencial del mercado y entiende que no se puede afirmar que con esta figura delictiva sólo se tipifican conductas que encierran una peligrosidad estadística para la competencia, absolutamente desvinculada del caso concreto.

<sup>1332</sup> NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 116; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 148; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 2.

<sup>1333</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444.

<sup>1334</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 422 y 423.

<sup>1335</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152.

<sup>1336</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 422 y 423; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21.



En el caso de la corrupción activa se equiparan la promesa u ofrecimiento efectuados, la promesa u ofrecimiento aceptados, el ofrecimiento recibido efectivamente y la realización de la contrapartida correspondiente (el «favorecimiento») al ofrecimiento recibido<sup>1337</sup>.

El delito castiga al oferente, con independencia de si ha sido él quien ha asumido la iniciativa o si se ha plegado a la sugerencia, la demanda (o, incluso, el chantaje) del receptor<sup>1338</sup>.

### **3. Corrupción privada pasiva**

El delito se consuma con la mera solicitud, recepción o aceptación. Incluso la simple solicitud sin concesión o aceptación ya supone la consumación.

La solicitud de un beneficio o ventaja no justificada (en el caso de la corrupción pasiva) es, en realidad, una forma activa que parte de la iniciativa del sujeto integrado en la empresa y que, por sí sola, supone la consumación del delito.

En la corrupción pasiva se equiparan la solicitud efectuada, la aceptación del ofrecimiento o promesa, la recepción efectiva del beneficio o ventaja y el acto de favorecimiento<sup>1339</sup>.

La doctrina considera que la solicitud ha de llegar a conocimiento del destinatario, no bastando con que el sujeto emita su declaración de voluntad, sino que es menester que la emita y la dirija a otra persona<sup>1340</sup>.

### **4. Consecuencias**

Las consecuencias de esta configuración típica en el ámbito de la consumación son las siguientes:

1) Para la consumación es indiferente que la solicitud o el ofrecimiento sea aceptado por aquel a quien se dirige la oferta<sup>1341</sup>; incluso el delito se consuma aunque la oferta sea rechazada<sup>1342</sup>.

---

<sup>1337</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 422 y 423.

<sup>1338</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 556.

<sup>1339</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 422 y 423.

<sup>1340</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 363.

<sup>1341</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., págs. 422 y 423; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de

2) Es indiferente que se materialice o realice la entrega u obtención de un beneficio o ventaja por parte del sujeto corrompido<sup>1343</sup>.

3) Es intrascendente que se favorezca o no materialmente al corruptor o un tercero respecto a sus competidores<sup>1344</sup>. De manera que el hecho de que este resultado se produzca no supone una agravación o modificación de la pena<sup>1345</sup>. Basta con la creación de un peligro para la leal competencia de los que operan en el mercado, sin necesidad de obtener el resultado pretendido de la contratación al ser el sujeto favorecido frente a terceros<sup>1346</sup>. Efectivamente, no resulta necesaria para la consumación delictiva la producción de un resultado lesivo directo de las legítimas expectativas de otros competidores<sup>1347</sup>.

4) La consumación no requiere la causación de un perjuicio patrimonial para el titular de la empresa, ni siquiera exige un peligro efectivo para dicho patrimonio<sup>1348</sup>.

5) Habrá consumación aun cuando el producto o servicio ofertados sean mejores en precio y calidad que los de la competencia<sup>1349</sup>. El delito se puede entender consumado incluso aunque la contratación o negocio haya

---

corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 116; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 444; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 359.

<sup>1342</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152.

<sup>1343</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit.; NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 116; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 444; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 359.

<sup>1344</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 444; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 20; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., págs. 25 y 26.

<sup>1345</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249.

<sup>1346</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 96, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 13.

<sup>1347</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 148.

<sup>1348</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 387; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 706; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 15 y 16; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444.

<sup>1349</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249.

resultado globalmente beneficioso para la entidad para la que trabaja el sujeto corrompido<sup>1350</sup>.

## 2. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

En estas condiciones, las posibilidades de que se pueda apreciar una tentativa son limitadas, dado que el mero ofrecimiento o solicitud, sin ningún elemento añadido suponen la consumación del delito<sup>1351</sup>. Incluso algún autor niega expresamente que la tentativa sea posible<sup>1352</sup>.

Si bien, es factible pensar en algunos supuestos en los que la tentativa podría ser apreciada.

El primer grupo de supuestos son los casos en los que las promesas, ofrecimientos y solicitudes no lleguen a su destino. En cuanto a la necesidad de que las promesas, ofrecimientos y solicitudes sean conocidos por la persona a la que se dirigen, la doctrina discute si son típicos aunque no hayan sido conocidos por ella<sup>1353</sup>; o si, por el contrario, sólo serán típicos si han llegado al conocimiento de las personas con capacidad de decisión en la empresa<sup>1354</sup>.

Vista la redacción del tipo penal, en el caso de la simple promesa, ofrecimiento o solicitud, se pueden plantear disfunciones con el principio de proporcionalidad, al anticipar de la consumación a un momento en que el sujeto activo puede simplemente haberse limitado a exteriorizar una intención<sup>1355</sup>. Pensemos en el caso en el que una persona se limitara a expresar de viva voz que promete u ofrece una ventaja o beneficio, en el sentido indicado en el tipo, o que se limita a hacer lo propio con una solicitud de ventaja o beneficio. En tal caso, la mera expresión de tal intención ya supondría no sólo el inicio de la ejecución del delito, sino la consumación del mismo. Por ello, a nuestro juicio, es preciso que, para la consumación del delito, las promesas, ofrecimientos y solicitudes lleguen al conocimiento (o, al menos, al ámbito de dominio) del destinatario. Esta es una cuestión referida al carácter recepticio o no del

---

<sup>1350</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444.

<sup>1351</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 237.

<sup>1352</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152.

<sup>1353</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1354</sup> SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>1355</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX...», ob. cit., pág. 3989, en relación con el delito de cohecho.

ofrecimiento, promesa o solicitud. Desarrollando la idea señalada, es posible plantearse los siguientes supuestos de tentativa:

1) Cuando la oferta o solicitud de dádiva emitida no llega a conocimiento del destinatario. Esto es, hay por tanto, dos momentos diferenciados: uno, que viene dado por el momento de la emisión de la declaración, y otro, por el de la recepción de esa declaración. Sólo cuando se han dado estas dos fases o momentos ejecutivos, podemos decir que el comportamiento típico de ofrecer o solicitar se ha consumado<sup>1356</sup>.

Si la oferta, promesa o solicitud se emite pero no se recibe, habrá una tentativa de un delito de corrupción activa (la oferta o promesa se emite, pero no llega al sujeto que se pretende sobornar) o de un delito de corrupción pasiva (la solicitud se emite, pero no llega al sujeto del que se pretende el soborno).

Ello puede suceder cuando sea necesario que transcurra un cierto espacio de tiempo, el suficiente para que la declaración llegue a conocimiento del destinatario, porque entonces la consumación no es instantánea y se pueden admitir formas imperfectas de ejecución<sup>1357</sup>. Como ejemplo, se ha puesto el caso en el que intercepta una carta en la que se propone el soborno<sup>1358</sup>.

2) Cuando la oferta, promesa o solicitud se emite y llega a conocimiento de su destinatario, pero la aceptación no.

En tal caso habrá: i) un delito consumado de corrupción activa (la oferta o promesa se emite y llega al sujeto al que se pretende sobornar) y una tentativa de un delito de corrupción pasiva (la aceptación de la oferta o promesa se emite pero no llega a su destino); o ii) un delito consumado de corrupción pasiva (la solicitud se emite y llega al sujeto del que se pretende el soborno) y una tentativa de un delito de corrupción activa (la aceptación de la solicitud se emite, pero no llega a su destino).

Un segundo grupo de supuestos que se han propuesto como tentativa serían aquellos en que la recepción no llegue a materializarse, en la medida en que la consumación de la recepción requiere que el beneficio o la ventaja hayan llegado a manos del sujeto<sup>1359</sup>. En nuestra opinión, este supuesto no es de tentativa, sino de consumación, porque la recepción de la dádiva irá precedida

---

<sup>1356</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1357</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 15.

<sup>1358</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 237. Si bien indica que es un supuesto «rayano en lo inverosímil».

<sup>1359</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

del acuerdo de entregarla y recibirla, y ese acuerdo ya supone la consumación del delito.

Finalmente, otro grupo de supuestos, que sí se pueden considerar tentativa, son aquellos supuestos de corrupción activa en los que el ofrecimiento o la entrega se realice a una persona desprovista de competencia para seleccionar el producto o servicio o que, aun teniendo cierta relación con el departamento correspondiente, su posición laboral resulta muy lejana de la decisión. Es decir, cuando el ofrecimiento, promesa o entrega del beneficio o ventaja se dirigen a persona o personas no incluidas en la cadena o círculo de decisión.

Para algunos autores, estamos ante un supuesto de tentativa inidónea<sup>1360</sup>. Si bien, otros entienden que hay que distinguir dos supuestos: si la oferta o promesa se dirige a un sujeto que *ex ante* carece de toda capacidad de favorecer indebidamente al oferente en la contratación mercantil, estamos ante un hecho atípico; mientras que si *ex ante* podía pensarse en la existencia de dicha capacidad, la conducta es típica por ser una tentativa inidónea<sup>1361</sup>.

## **II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Según el art. 286 bis CP hay un sujeto corruptor y otro que se corrompe. Ambos pueden actuar por «persona interpuesta», al preverlo así el tipo penal. Además, el sujeto favorecido puede ser un tercero distinto del sujeto que promete, ofrece o concede el soborno. Finalmente, desde la reforma de 2015, se indica que la ventaja o beneficio no justificado se puede obtener para sí (para el sujeto integrado en la empresa) o para un tercero.

En consecuencia, surge la posibilidad de intervención en el delito de: i) los sujetos activos del mismo; ii) la persona interpuesta; iii) los sujetos favorecidos; y iv) los sujetos que no son los sujetos del delito pero reciben el beneficio o ventaja no justificado.

### **2. LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO**

---

<sup>1360</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435, nota 32.

<sup>1361</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 429.

En ambas modalidades de corrupción se plantea la intervención de dos personas: el corruptor, que promete, ofrece o concede la ventaja («quien», según el art. 286 bis CP.2); y el corrompido, que recibe, solicita o acepta la ventaja («directivo, administrador, empleado o colaborador», según el art. 286 bis CP.1).

Un sector doctrinal afirma que este delito es un delito bilateral (al igual que el delito de cohecho), que exige la intervención delictiva de dos sujetos; de tal modo que es un elemento esencial el acuerdo entre dos partes, con un objetivo determinado de carácter sinalagmático<sup>1362</sup>. Desde esta perspectiva, el mero ofrecimiento o solicitud no darían lugar a la consumación, si no van seguidas de una aceptación por la contraparte.

A nuestro juicio, estamos ante un delito unilateral -sin perjuicio de que tenga formas de manifestación bilaterales-, en la medida en que no requiere necesariamente la existencia de un pacto previo ni de la aceptación de la dádiva o ventaja. Sin pacto ni aceptación hay delito (y es evidente que con ellos también), por lo que la existencia de dos personas en la realización del acto de corrupción es irrelevante; ya que basta, para afirmar la tipicidad, el acto unilateral de cada uno de los sujetos activos de las respectivas incriminaciones previstas en el delito de corrupción<sup>1363</sup>.

No compartimos la consideración del delito como bilateral, porque supone entender el delito de corrupción privada como un delito que no sólo requiere la actuación de un sujeto (el que paga) sino de dos (también el que recibe). Es decir, el delito de corrupción privada activa sólo se consumaría si hay una acción de un sujeto que paga y además otra acción del sujeto que recibe; cuando la consumación del delito de corrupción privada «activa» no depende de los actos del sujeto activo de la modalidad «pasiva» del delito de corrupción privada. La redacción de la conducta punible no deja, a nuestro juicio, espacio para la consideración del delito como bilateral.

La dos hipótesis típicas del art. 286 bis CP se caracterizan porque tanto el corruptor como el corrompido son punibles como autores<sup>1364</sup>. Esto es, ninguno de ellos es víctima del delito, sino que son autores responsables de este

---

<sup>1362</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 438; VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas...», ob. cit.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 164.

<sup>1363</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 14 y 15.

<sup>1364</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

delito y merecen la misma sanción<sup>1365</sup>. Cada uno responderá de su propio delito, ya sea pasivo o activo, sin que le sean aplicables las reglas de coparticipación criminal<sup>1366</sup>.

No obstante, es posible que a causa del soborno el sujeto sobornado cometa otro delito relacionado con él (por ejemplo, la revelación de un secreto de empresa), en cuyo caso el sujeto corruptor podría ser también inductor de tal delito<sup>1367</sup>.

### 3. LA «PERSONA INTERPUESTA»

El tipo penal indica que cualquiera de los sujetos activos puede actuar por sí «o por persona interpuesta». Es decir, es factible que el sujeto activo del delito de corrupción privada activa prometa, ofrezca o conceda la ventaja por medio de otro, que será quien tenga contacto con el sujeto sobornado. E igualmente, en el delito de corrupción privada pasiva, el sujeto sobornado puede recibir, solicitar o aceptar la ventaja por medio de un tercero y no directamente del sujeto corruptor.

Esta mención se considera loable para algunos autores <sup>1368</sup> y prescindible para otros, vista la dicción del art. 28 CP<sup>1369</sup>.

En ambos casos habrá que determinar el grado de participación de dicha persona interpuesta, que actúa como intermediario.

En el caso de la corrupción activa, el intermediario, por lo general, será coautor del delito, por hallarnos ante un delito común<sup>1370</sup> -salvo que esté exento de responsabilidad penal, en cuyo caso estamos ante un supuesto de autoría mediata-<sup>1371</sup>. De esta postura discrepa un sector doctrinal que entiende que la persona interpuesta que transmite el ofrecimiento o promesa puede ser considerada coautor si la ofrece también en su nombre, pero si es un simple intermediario que da el mensaje en nombre del ofertante, será un mero

---

<sup>1365</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 122.

<sup>1366</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 14 y 15.

<sup>1367</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626.

<sup>1368</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 20.

<sup>1369</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230.

<sup>1370</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 159; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 626.

<sup>1371</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 423; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

cooperador de éste<sup>1372</sup>. Incluso, algunos autores ven factible una inducción del sujeto corruptor sobre el intermediario, pero que el tipo legal trataría también como autoría en sentido estricto<sup>1373</sup>.

En el supuesto de la corrupción pasiva, el intermediario no podrá ser coautor porque carece de la cualidad típica requerida para la autoría (ser directivo, administrador, empleado o colaborador)<sup>1374</sup>. Sólo podrá ser un partícipe, que normalmente será un cooperador necesario<sup>1375</sup>; al que se le aplicará el mismo marco penal<sup>1376</sup>; pero, como *extraneus*, le podrá alcanzar la atenuación del art. 65.3 CP<sup>1377</sup>.

#### 4. LOS TERCEROS FAVORECIDOS

En la redacción inicial del precepto, sólo la modalidad activa del delito permitía la posibilidad de que el favorecimiento pudiera referirse a una persona distinta de quien prometía, ofrecía o concedía el beneficio o ventaja. La presencia de ese tercero sólo existía en esta modalidad de corrupción, no en la pasiva.

Sin embargo, tras la reforma de 2015 esta posibilidad existe en ambas modalidades (activa y pasiva). El tipo indica que se recibe, solicita o acepta un beneficio o ventaja no justificados como contraprestación para favorecer indebidamente «a otro»; o se promete, ofrece o concede como contraprestación para que le favorezca indebidamente «a él o a un tercero».

En ambos casos, se trata de un tercero que, sin haber realizado la conducta típica va a ser el beneficiado por el favorecimiento resultante del acto por parte del sujeto corrompido. Es, por tanto, el beneficiario de una conducta delictiva.

Evidentemente, si ha inducido al corruptor o coopera de algún modo con él, responde como partícipe. Si no es así, cabría la posibilidad de la participación a título lucrativo, pero se ha puesto de manifiesto la dificultad de que pueda ser calificado como tal, pues va a realizar una conducta onerosa:

---

<sup>1372</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435.

<sup>1373</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 423.

<sup>1374</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 159.

<sup>1375</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 159.

<sup>1376</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 159.

<sup>1377</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 424.



comprar o vender un bien o prestar un servicio como consecuencia del acto de favorecimiento<sup>1378</sup>.

## 5. LOS RECEPTORES DE LA DÁDIVA O VENTAJA

Desde la reforma de 2015, el tipo prevé la intervención de personas que se limiten a recibir la dádiva o ventaja y no sean, a su vez, los sujetos del delito. En tal sentido, su intervención se centra esencialmente en la modalidad pasiva de corrupción, porque son sujetos que reciben la ventaja o beneficio que se promete, ofrece o concede o se recibe, solicita o acepta.

Si ese sujeto receptor ha inducido al sujeto activo del delito de corrupción pasiva o coopera con él, o incluso coincide con la persona intermediaria (la «persona interpuesta»), entonces se plantea el mismo problema que ya hemos indicado: es un *extraneus* que participa en un delito especial.

---

<sup>1378</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 425.

## **CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. TIPO ATENUADO Y TIPOS AGRAVADOS**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El delito de corrupción privada tiene diversas modalidades típicas, concretamente: i) un tipo básico, recogido en los números 1 y 2 del art. 286 bis CP; ii) un tipo atenuado, recogido en el número 3 del art. 286 bis CP; y iii) unos tipos agravados, recogidos en el art. 286 quáter CP.

Esta es una de las materias en las que ha incidido notablemente la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En primer lugar, en cuanto al tipo básico, mientras que en la reforma por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la modalidad de corrupción activa se recogía en el número 1 del art. 286 bis CP y la modalidad de corrupción pasiva se recogía en el número 2, la reforma de 2015 altera el orden y pasa a ser el inverso: la modalidad pasiva se recoge en el número 1 y la activa en el número 2. En segundo lugar, la reforma de 2015 mantiene el tipo atenuado en el art. 286 bis.3 CP con prácticamente la misma redacción que tenía anteriormente<sup>1379</sup>. Finalmente, la reforma crea los tipos agravados del art. 287 quáter CP.

Como el estudio del tipo básico, con sus dos modalidades, es el que nos ha ocupado hasta ahora, estudiaremos a continuación el tipo atenuado y los agravados.

### **II. TIPO ATENUADO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

El art. 283 bis.3 CP, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, indica lo siguiente:

«3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio».

---

<sup>1379</sup> La reforma se limita a añadir la preposición «a» antes de la locución «trascendencia de las funciones del culpable».

Se trata de un tipo atenuado de aplicación facultativa. Su aplicación vendrá condicionada por dos factores: la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable. Si se aplica, la pena de prisión inferior en grado será la de prisión de 3 meses a 6 meses menos 1 día (art. 70.1.2ª CP).

La doctrina ha puesto de manifiesto que este tipo:

1) Puede servir para «limar» la disfunción penológica que existe entre este delito y otros<sup>1380</sup>.

2) Para cobijar supuestos en que no llegue a entregarse la ventaja o beneficio o a favorecerse al competidor que la otorgó<sup>1381</sup>.

3) Para incluir conductas que sean socialmente menos reprochables y carezcan de una gravedad que haga desproporcionadas las penas previstas<sup>1382</sup>.

4) Para aplicar a los que sean meros cómplices del delito<sup>1383</sup>.

## 2. CRITERIOS DE APLICACIÓN

Los criterios de aplicación son dos: la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable.

La cuestión inicial que debe plantearse es si deben darse los dos factores cumulativamente o basta con que concurra uno de ellos. Podría parecer que son cumulativos porque ambos se separan por la conjunción copulativa «y», de tal modo que el tipo atenuado exige la concurrencia de los dos presupuestos.

Sin embargo, a nuestro juicio basta con que concurra uno de ellos. Algún autor propone que esta interpretación deriva del hecho de que ambos están separados por una coma y además la conjunción que también los separa es disyuntiva y no copulativa por efecto de ese signo de puntuación<sup>1384</sup>. Pero, en

---

<sup>1380</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1381</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 445; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1382</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 95, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 12; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 127.

<sup>1383</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., págs. 22 y 25.

<sup>1384</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 18.

realidad, el tipo debe ser entendido en el sentido siguiente: la expresión «en atención» es la que se liga a ambos factores con la conjunción «y», de modo que «los jueces y tribunales» deberán decidir «en atención a» la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y «en atención a» la trascendencia de las funciones del culpable<sup>1385</sup>. Esto es, allí donde una de estas dos condiciones se dé (una de las dos, no las dos a la vez), se podrá atender a la misma de manera individual.

### **1. Cuantía del beneficio o valor de la ventaja**

El primer elemento de valoración para atenuar la conducta está referido a la cuantía del soborno (cuantía del beneficio o valor de la ventaja). Este criterio apunta a un componente patrimonial del delito<sup>1386</sup>, usual en delitos patrimoniales y socioeconómicos; en la medida en que cabe entender que la cuestión tendrá efectos para la empresa del sobornado porque el beneficio obtenido por éste pueda suponer un menor beneficio para la empresa<sup>1387</sup>.

En todo caso, atender a la cuantía del beneficio o ventaja, parece entenderse en el sentido de que se refiere a que si la cuantía es menor, el hecho es menos reprochable y cabe la atenuación. Entonces la rebaja de pena debería vincularse en todo caso a un beneficio o ventaja de escasa entidad<sup>1388</sup>.

Pero SILVA SÁNCHEZ<sup>1389</sup> mantiene la sugestiva tesis de que ello es cierto para la modalidad activa, pero no para la pasiva. Es decir, desde la perspectiva de la corrupción activa, puede sostenerse que el intento corruptor basado en el ofrecimiento de un beneficio o ventaja muy elevado es más grave que si lo ofrecido es de un bajo importe, lo que supone atenuar los casos de ofrecimiento de beneficios o ventajas de menor entidad, por razones de menor gravedad del hecho. En cambio, desde la perspectiva de la corrupción pasiva,

---

<sup>1385</sup> La introducción de la «a» antes de la locución «trascendencia de las funciones del culpable» refuerza esta interpretación.

<sup>1386</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 509; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 388; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 708; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 26.

<sup>1387</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 509; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 388; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 708.

<sup>1388</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 26. En contra de esta idea se ha dicho que la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja difícilmente podrá incidir en la gravedad o benignidad de la infracción, porque la mayor o menor cuantía no guarda ninguna relación con la gravedad del injusto; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 128.

<sup>1389</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 432. De acuerdo con él, BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 25.

podría sostenerse que cuanto mayor sea el importe del beneficio o ventaja que se ofrece, más difícil puede resultar sustraerse a su influencia motivacional, por lo que debería conducir a atenuar la pena al sujeto que recibe el ofrecimiento de un beneficio o ventaja de gran entidad, por razones de disminución de la culpabilidad. En conclusión: la menor entidad del soborno es factor atenuante en la modalidad activa; pero en la pasiva será lo contrario: el factor de atenuación concurrirá cuanto mayor sea esa cuantía.

Sin embargo, esta interpretación ya no es posible desde la reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introduce el art. 286 quáter. Este precepto recoge los tipos agravados de corrupción privada y uno de los factores de agravación es que «el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado». Es decir, la importancia de la dádiva es un factor de agravación, por lo que no puede considerarse que lo sea a la vez de atenuación. Por tanto, desde la citada reforma es evidente que la rebaja de pena debe vincularse en todo caso a un beneficio o ventaja de escasa entidad.

## **2. Trascendencia de las funciones del culpable**

El segundo criterio es el de la trascendencia de las funciones del culpable. Por «culpable» debe entenderse el sujeto que recibe el soborno y que está integrado en una estructura empresarial. Carecería de sentido que las funciones a tener en cuenta fueran las del sujeto que soborna, entre otras razones porque puede ser cualquiera, integrado o no en una empresa. Si bien un sector de la doctrina entiende que esta atenuación es más adecuada para los autores de los delitos de corrupción activa, precisamente porque es un delito común y sus autores no tienen necesariamente funciones de directivo, administrador, empleado o colaborador<sup>1390</sup>.

En relación con este criterio se dice que está conectado al incumplimiento de las obligaciones propio del tipo y, por tanto, afecta a las relaciones de deber que incumben al subordinado ante al titular de la empresa<sup>1391</sup>. Desde esta perspectiva, se toma en consideración la diferente intensidad de los deberes institucionales de lealtad que recaen sobre administradores, directivos, empleados y meros colaboradores; de modo que el legislador considera que corromper a administradores o directivos es más grave que hacerlo con empleados o colaboradores externos; e, igualmente, que el

---

<sup>1390</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624.

<sup>1391</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 509; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 388; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 708; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22.

administrador o directivo que se dejan corromper obra de forma más grave que el empleado o colaborador<sup>1392</sup>. En consonancia con esta idea, se propone<sup>1393</sup> que si el culpable es un alto directivo o administrador con plenos poderes de la empresa, no debe reducirse la pena por la especial obligación que tiene en el cumplimiento de sus obligaciones y por la facilidad que su puesto le otorga en la comisión del delito; mientras que en el caso del colaborador o empleado que tenga una capacidad limitada en las decisiones de la empresa mercantil o en la sociedad, la pena debería ser menor.

### **3. Interpretación del tipo en términos de protección de la competencia**

Se ha puesto de manifiesto la incongruencia que supone que no se haga referencia a la entidad de la distorsión o del peligro para la competencia, como criterio a tener en cuenta para proceder a una rebaja de la pena<sup>1394</sup>. De manera que se han establecido criterios de atenuación que no se inspiran en este bien jurídico<sup>1395</sup>.

Pero, aunque no se recoja expresamente la referencia a la entidad del ataque a la competencia, nada impide que este tipo atenuado sea de aplicación a las conductas «de menor importancia»<sup>1396</sup>, porque cuanto menor sea la cuantía de la dádiva y menos importante sean las funciones del sujeto, menor será la incidencia del hecho en la distorsión de la competencia.

En definitiva, el tipo privilegiado puede ser interpretado en términos de protección de la misma: si su aplicación viene condicionada por dos factores - que son la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable-, entonces es factible pensar que se aplicará, precisamente, a supuestos en los que el ataque contra la competencia y la

---

<sup>1392</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 432; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 25. En desacuerdo con esta idea, se indica que, en cuanto a la trascendencia de las funciones del culpable, tampoco es fácil hallar elementos de conexión con el injusto ni saber en qué medida las funciones concretas que desempeña el corrupto facilitan o dificultan el acuerdo, porque, en realidad, todo ello dependerá de lo que se persiga y del contenido del pacto; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 128.

<sup>1393</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., págs. 102 y 103, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 18.

<sup>1394</sup> ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 355.

<sup>1395</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 509; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 388; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 708.

<sup>1396</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 327, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 678; ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.

distorsión de la misma sea de menor entidad, dada la reducida cuantía de la dádiva o la escasa trascendencia de las funciones del autor.

### **III. TIPOS AGRAVADOS**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Se recogen en el art. 286 quáter CP, introducido en la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. El precepto señala:

«Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.»

Este artículo recoge tipos agravados para los delitos de corrupción privada, corrupción en el deporte y corrupción en las transacciones internacionales del art. 286 ter CP.

En el caso de la corrupción privada la agravación se basa en el concepto de hechos «de especial gravedad». Si concurre este elemento se prevé una agravación imperativa («se impondrá la pena en su mitad superior») y una hiperagravación potestativa («pudiéndose llegar hasta la superior en grado»). La pena de prisión en su mitad superior abarcaría de los 2 años, 3 meses y 1 día de prisión hasta los 4 años (art. 70.2 CP) y la pena superior en grado será la de

prisión de 4 años y 1 día a 6 años (art. 70.1.1ª CP). Al remitirse a la pena superior en grado, sin más, será factible recorrerla en toda su extensión.

Al hablar de «especial gravedad» parecería que se introduce un elemento valorativo, de modo que los tribunales habrían de calibrar en cada caso si el hecho delictivo resulta especialmente grave<sup>1397</sup>. En consecuencia, los supuestos de agravación recogidos en el artículo serían exclusivamente ejemplos a los que aplicar el delito<sup>1398</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, es el propio legislador el que ha tasado estos supuestos, ya que el concepto de hechos «de especial gravedad» es definido legalmente, conforme a cuatro criterios: i) cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; ii) cuando la acción del autor no sea meramente ocasional; iii) cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; y iv) cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

## **2. CRITERIOS DE APLICACIÓN**

### **1. Cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado**

En este caso, se atiende al valor de la dádiva o soborno. Ahora bien, al contrario que en otros delitos (por ejemplo, estafa o apropiación indebida -art. 250.1.5 CP-) no se establece una cantidad concreta a partir de la cual opera la agravación, por lo que el «valor especialmente elevado» tendrá que establecerse caso por caso.

### **2. Cuando la acción del autor no sea meramente ocasional**

Se trata de una agravación por la habitualidad en la conducta, de modo que el tipo básico se reserva para los actos puntuales de corrupción privada.

### **3. Cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal**

---

<sup>1397</sup> PUENTE ABA, L. M., «Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter (art. 286 quáter)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director) y MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO (Coordinadoras), *Comentarios a la reforma...*, ob. cit., págs. 931 a 933, esp. pág. 931.

<sup>1398</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a la Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, 2015, pág. 259.



Esta agravación se puede solapar con la anterior, porque es previsible que los hechos que se cometen en el seno de una organización o grupo criminal no sean meramente ocasionales.

Para determinar qué es una organización o grupo criminal hay que acudir a los arts. 570 bis y 570 ter CP. Así, el art. 570 bis.1, *in fine*, CP<sup>1399</sup> indica:

«A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos».

Mientras que el art. 570 ter.1, *in fine*, CP<sup>1400</sup> define el grupo criminal de la siguiente manera:

«A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».

La introducción de un tipo agravado porque los hechos se cometen en el seno de una organización o grupo criminal plantea problemas concursales con los arts. 570 bis y 570 ter CP, ya que estos preceptos no se limitan a definir qué se entiende por tales, sino que recogen tipos autónomos, con su correspondiente pena. En consecuencia, se puede plantear un concurso de normas entre: i) el nuevo tipo agravado de corrupción privada, cometida en el seno de organización o grupo criminal, del art. 286 quáter CP, por un lado; y, ii) por otro, el propio concurso de delitos entre el tipo básico de corrupción privada del art. 286 bis CP con los tipos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP -que, a su vez, tienen previstas agravaciones específicas-<sup>1401</sup>.

Este supuesto de concurso también se ha planteado, desde la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, entre el tipo agravado de delito de tráfico de drogas por medio de organización, previsto en

---

<sup>1399</sup> Redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>1400</sup> Redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>1401</sup> No cabe construir un concurso de delitos entre el art. 286 quáter y los arts. 570 bis y 570 ter CP, por la doble valoración (contraria al principio *non bis in idem*) de la organización o grupo criminal.

el art. 369 bis CP, y el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369 CP) con el tipo de organización criminal (art. 570 bis CP). La jurisprudencia (entre otras, SSTS, Sala 2ª, nº 732/2012, de 1 de octubre; y nº 207/2012, de 12 de marzo) ha entendido que esta situación debe resolverse con arreglo al art. 570 quáter.2 CP, que indica que, en todo caso, cuando las conductas previstas en los artículos arts. 570 bis y 570 ter CP estuvieren comprendidas en otro precepto del Código Penal, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8; esto es se aplica el supuesto que tenga asignada una mayor pena.

Esta sería también la solución para resolver el concurso en el ámbito de la corrupción privada.

#### **4. Cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad**

En realidad, la agravación es única, porque el objeto del negocio versa sobre bienes o servicios de primera necesidad, en los que están incluidos los bienes o servicios humanitarios. Aunque es previsible que se haya introducido la referencia a los bienes y servicios humanitarios para hacer mención a los conflictos armados internos e internacionales<sup>1402</sup> o situaciones de extrema necesidad o penuria (hambrunas, sequías, etc.).

En relación con una agravación similar recogida en el art. 250.1.1 CP, para el delito de estafa, cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social, la jurisprudencia ha entendido que por cosas de primera necesidad habrá que entender todas aquellas que resulten imprescindibles para la subsistencia o salud de las personas (STS, Sala 2ª, nº 1307/2006, de 22 de diciembre). En este sentido, la STS, Sala 2ª, nº 232/2012, de 5 de marzo, indica:

«Conviene añadir a lo anterior que, como también hemos señalado en la STS núm. 981/2001, de 30 de mayo, la categoría «cosas de primera necesidad» se encuentra referida a aquéllas «de las que no se puede prescindir», según el Diccionario de la Real Academia, lo que esta Sala viene vinculando a productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas (...)».

---

<sup>1402</sup> PUENTE ABA, L. M., «Tipos agravados en relación...», ob. cit., pág. 933.



## **CAPÍTULO DECIMOTERCERO. CONCURSOS**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El delito de corrupción privada puede aparecer junto con otros delitos. En este sentido, respecto a la relación entre el delito de corrupción en el sector privado con otros delitos cabe distinguir entre delitos capitales y colaterales<sup>1403</sup>. Los primeros se integran, junto a la corrupción privada, por delitos como la administración desleal y la alteración de mayorías societarias, añadiéndose también el descubrimiento y revelación de secretos de empresa. El delito fiscal, el blanqueo, los delitos de organizaciones y grupos delictivos y las falsedades se pueden calificar de infracciones colaterales.

El delito de corrupción privada plantea cuestiones concursales con otras infracciones, no sólo penales, sino también administrativas, como son: i) el delito de administración desleal; ii) el delito de estafa; iii) el delito de descubrimiento y revelación de secretos; iv) las infracciones administrativas en materia de defensa de la competencia; y v) las infracciones administrativas en materia de medicamentos.

### **II. RELACIÓN CON EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

La distinción entre el delito de corrupción privada y el delito de administración desleal no es sencilla. Si partiéramos del contenido del derogado artículo 295 CP<sup>1404</sup>, notaríamos que castiga al administrador que, en beneficio propio o de un tercero, y con abuso de las funciones propias de su cargo, contrae obligaciones para la sociedad causando directamente un perjuicio económicamente evaluable. Todos estos elementos también están presentes en el contenido del delito de administración desleal diseñado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que indica en el art. 252 CP que comete este delito quien:

«(...) teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio

---

<sup>1403</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante...», ob. cit., pág. 6.

<sup>1404</sup> Este precepto ha sido suprimido en la reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».

La configuración de este delito plantea cuestiones en relación con el delito de corrupción privada, tanto activa como pasiva, cuando la manera de infringir las facultades de administración constituye, a su vez, la realización de actos de soborno o la recepción de los mismos, causando con ello un perjuicio al patrimonio administrado. Es decir, cabe un concurso cuando con la acción de corrupción se produce un perjuicio patrimonial, por ejemplo cuando para el soborno es empleado dinero que se tiene en administración; cuando se recibe dinero por soborno que no es ingresado, como hubiera correspondido, en el patrimonio administrado; o cuando se excluye una oferta que hubiera sido realmente más beneficiosa<sup>1405</sup>.

En consecuencia, podemos distinguir dos supuestos: i) supuestos en los que el administrador es el sujeto sobornado; y ii) supuestos en los que el administrador es el sujeto que soborna.

## **2. CUANDO EL ADMINISTRADOR ES EL SUJETO SOBORNADO**

Hemos indicado que el artículo 295 CP castigaba al administrador que, en beneficio propio o de un tercero, y con abuso de las funciones propias de su cargo, contrajera obligaciones para la sociedad causando directamente un perjuicio económicamente evaluable. Así como que el nuevo art. 252 CP castiga a quien teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Si comparamos la configuración de este delito con la del delito de corrupción privada pasiva, obtendremos el siguiente resultado:

1) La posición de administrador también se recoge, como sujeto activo, en el delito de corrupción privada pasiva.

2) En el delito de corrupción privada pasiva, el administrador actúa en beneficio propio (al recibir la dádiva o ventaja) y/o de un tercero (al que pretende favorecer frente a otros).

---

<sup>1405</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

3) En el delito de corrupción privada pasiva es factible (aunque el tipo no lo exija) que a causa de las obligaciones contraídas por el administrador se cause un perjuicio a la sociedad.

En este sentido, el caso evidente, en el cual concurre un perjuicio patrimonial para la empresa, es cuando el administrador, en lugar de contratar con la empresa más económica -manteniendo el nivel de calidad exigido- lo hace con una más cara debido a que es ésta la que le abona la comisión para su exclusivo beneficio personal. El perjuicio patrimonial se deriva aquí de la diferencia entre la prestación más económica ofertada y la más gravosa económicamente finalmente contratada<sup>1406</sup>.

Por tanto, hay que plantearse qué delito o delitos comete el administrador de una sociedad que, a causa de haber recibido una dádiva o ventaja, con la finalidad de favorecer a un tercero en el ámbito de la competencia, causa un perjuicio a la sociedad.

En una primera aproximación a la cuestión, cabría pensar que el delito que comete es exclusivamente el de administración desleal por concurrir de manera completa todos sus elementos. De hecho, algún sector doctrinal considera que no era necesario crear una figura *ex novo*, dado que la conducta de corrupción pasiva se integraría en el delito de administración desleal para el administrador y los sobornadores serían castigados como inductores o cooperadores de dicho delito<sup>1407</sup>.

En este sentido, este sector doctrinal<sup>1408</sup> considera que si se incide en el aspecto de incumplimiento de deberes por parte del administrador para con la propia sociedad y entendemos que ese es también el objeto de tutela por el delito de corrupción privada, la opción concursal adecuada sería entonces la apreciación de un concurso de normas a favor del delito de administración desleal. Solo cabría aplicar el delito de corrupción privada en los casos en que no pudiera apreciarse perjuicio efectivo para la entidad, por tratarse de un caso de mera solicitud u ofrecimiento sin entrega, ya que la especialidad, por un lado, del art. 286 bis CP frente al delito de administración desleal y la imposibilidad de apreciar este último ante meras solicitudes o aceptaciones no acompañadas después de los pagos efectivos, supone la aplicación preferente del delito de corrupción entre particulares<sup>1409</sup>.

---

<sup>1406</sup> SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña...», ob. cit., pág. 136; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 240.

<sup>1407</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Notas sobre la corrupción privada...», ob. cit., pág. 17.

<sup>1408</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 626.

<sup>1409</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 626.

Si aceptamos que el delito a aplicar es de administración desleal, entonces sería indiferente la motivación del administrador al incumplir sus obligaciones y, por tanto, sería indiferente si las ha incumplido por haber recibido una dádiva o ventaja o por cualquier otra razón. En tal caso, la recepción de la dádiva es el móvil de la conducta de administración desleal.

En definitiva, una primera solución consistiría en aplicar el concurso de leyes, y concretamente el principio de consunción, de manera que el delito de administración desleal consumiría al delito de corrupción privada. En otras palabras, cuando el delito de corrupción privada no genera un perjuicio patrimonial a la sociedad se aplica este delito<sup>1410</sup>; sin embargo, cuando genera un daño patrimonial a la sociedad, se aplicaría sólo el delito de administración desleal.

Esta solución tiene un inconveniente, que surge a causa de la pena establecida en el Código Penal para los dos delitos reseñados. Este problema ya surgía con la reforma por la Ley Orgánica 5/2010 porque el delito de administración desleal del art. 295 CP se castigaba con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido; sin embargo, el delito de corrupción privada se castigaba (y se castiga) con las penas de prisión de seis meses a cuatro años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. Ello significaba que para el legislador el delito de corrupción privada era más grave que el delito de administración desleal del art. 295 CP, ya que suponía la misma pena de prisión y además lleva aparejada, de forma cumulativa, la pena de multa (cuando el delito de administración desleal estaba configurado de manera que la pena de prisión y de multa eran alternativas entre sí).

La situación se mantiene tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, porque el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP se remite en materia de penas a los artículos reguladores de la estafa, esto es el art. 249 CP (que recoge una pena de prisión de seis meses a tres años) y art. 250 CP (que recoge una pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, para los tipos agravados de estafa). De manera que el delito de corrupción privada sigue estando considerado más grave que el delito de administración desleal del art. 252 CP.

Si ello es así, no es posible aplicar el concurso de leyes, y, en concreto el criterio de la consunción (que es la primera solución posible que hemos

---

<sup>1410</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 239.

indicado), porque el legislador ha configurado los delitos de manera que sean de distinta gravedad y uno no puede ser consumido por otro en el sentido indicado, ya que carecería de explicación razonable que el delito menos grave -la administración desleal- consumiera al delito más grave -la corrupción privada-.

Además, existe otro argumento en contra de la aplicación del concurso de leyes: el diferente trato del empleado respecto al resto de sujetos del delito de corrupción pasiva. Es decir, al administrador (en el supuesto planteado) se le aplicaría el delito de administración desleal (más leve), mientras que si el hecho se cometiera por otro de los sujetos previstos, se le debería aplicar el delito de corrupción privada (más grave), ya que en su caso no concurre la cualidad que exige el primer delito en relación con el sujeto activo (no son administradores). Ello carece de sentido, dado que el administrador con su conducta infringe deberes que no alcanzan a los otros sujetos, de manera que su reproche penal debe ser mayor.

Por ello, a nuestro juicio, la solución más adecuada consiste en aplicar el concurso de delitos y considerar que estamos ante una unidad de acción que da lugar a dos delitos: el administrador que actúa a través de una conducta subsumible en el delito de corrupción privada y, además, con ello genera un perjuicio a la sociedad, cometería tanto este delito como el de administración desleal en una relación de concurso ideal<sup>1411</sup>.

Esta es la solución que adopta la doctrina mayoritaria<sup>1412</sup>. Si bien algunos autores consideran que se debe optar por el concurso medial<sup>1413</sup>; ya que el beneficio o ventaja solicitado u ofrecido constituye el móvil del delito posterior (fin) realizado por el acto de favorecimiento<sup>1414</sup>.

---

<sup>1411</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., «La transparencia de las relaciones...», ob. cit., pág. 194.

<sup>1412</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, ob. cit., pág. 206; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 479; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 509, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 387 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 706; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1100, y MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 445.

<sup>1413</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 431; quien añade que, siendo esta la solución, si se entiende que el art. 286 bis CP constituye exclusivamente un delito contra la competencia, no puede ignorarse que este delito contiene una importante dimensión de deslealtad interna, por lo que la apreciación de un concurso de delitos podría incurrir en una vulneración parcial de la prohibición de exceso, que habría que corregir mediante procedimientos supraleales *in bonam partem*. También opta por el concurso ideal medial, OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1414</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 625.



Por la misma opción se decanta la jurisprudencia del *BGH* alemán, quien considera que la corrupción entre particulares no restringe el espacio de operatividad de la administración desleal, eventualmente en concurso ideal, con el delito de corrupción entre privados, cuando a causa de la recepción del soborno se causa un perjuicio a la sociedad. Lo que sucede cuando: el soborno se ha recibido a cambio de renunciar a la búsqueda de las mejores condiciones contractuales para la sociedad; se ocasiona a la empresa un aumento de los costes o una reducción en sus beneficios (en comparación con los que hubiesen sido apropiados en ese tipo de operación); o cuando, aun existiendo en abstracto un equilibrio entre prestación y contraprestación, el autor debería haber utilizado en concreto la posibilidad de negociar con la contraparte una reducción ulterior del precio u otras condiciones contractuales más favorables, en una medida equivalente a la entidad del soborno<sup>1415</sup>.

### **3. CUANDO EL ADMINISTRADOR ES EL SUJETO QUE SOBORNA**

En este caso, el administrador de una sociedad ofrece dádivas o ventajas a un tercero para que realice un acto de favorecimiento. El administrador sería el sujeto activo del delito de corrupción privada, en su modalidad de corrupción privada activa, pero hay que plantearse si comete un delito de administración desleal respecto a la entidad con la que está vinculado.

Se trata de los casos de pagos corruptos que realizan los administradores, ya sean en perjuicio, ya sean en interés y con beneficio efectivo de la sociedad administrada.

#### **1. Pagos en perjuicio de la sociedad administrada**

Los pagos corruptos realizados por los administradores y que conllevan como resultado un perjuicio de la sociedad administrada, constituyen un delito de administración desleal<sup>1416</sup>. Es decir, cuando para el soborno es empleado dinero que se tiene en administración y con ello se causa un perjuicio a la sociedad.

En este caso, el concurso es de delitos y se trata de un concurso ideal: el pago es la única acción, que da lugar a dos delitos.

---

<sup>1415</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y...», ob. cit., pág. 130.

<sup>1416</sup> SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña...», ob. cit., *passim*; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

## 2. Pagos en beneficio de la sociedad administrada

### 2.1. En general

Un segundo supuesto es el de los pagos corruptos realizados por los administradores y que no conllevan como resultado un perjuicio para la sociedad, sino, precisamente, un beneficio para la misma. Pensemos en el supuesto en el que la cuantía del soborno quede compensada por los beneficios que posteriormente se obtengan para la misma porque supone, por ejemplo, una captación de nuevos clientes o unas ventas añadidas o la explotación de un negocio provechoso obtenido a causa del soborno.

Si ello es así, hay que plantearse si los pagos ilícitos o delictivos relacionados con la corrupción realizados por los administradores, en interés y con beneficio cierto de las sociedades administradas, pueden ser constitutivos de un delito de administración desleal<sup>1417</sup>. Y, al efecto, se ha puesto de manifiesto la dificultad de subsunción en alguno de los dos tipos a los que nos estamos refiriendo<sup>1418</sup>.

La doctrina mayoritaria entiende que el pago de sobornos que se realizan beneficiando a la sociedad administrada no lesionan el bien jurídico protegido a través del tipo de administración desleal<sup>1419</sup>; porque es discutible que el empleo del capital social con fines delictivos, pero que atienda a beneficiar a la empresa, deba subsumirse en la figura de la administración desleal<sup>1420</sup>.

En este ámbito, se afirma que no puede existir dolo ni perjuicio cuando la acción típica implica simultáneamente un incremento patrimonial que equilibra la pérdida<sup>1421</sup>. Desde esta perspectiva, no sería desleal con su empresa quien realiza pagos ilícitos a terceros para conseguir la adjudicación de un contrato, operación o negocio que resulta beneficioso su propia sociedad, lo que impediría aplicar a estos supuestos el delito de administración desleal; ya que, en el plano objetivo, su abono no supone perjuicio para la sociedad que los paga, al conseguir gracias a ellos un beneficio superior, ni en el plano subjetivo, existe dolo de causar el perjuicio a la propia sociedad<sup>1422</sup>.

---

<sup>1417</sup> GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Corrupción y delito de administración desleal», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-234, Tomo 7.

<sup>1418</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1419</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1420</sup> NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y...», ob. cit., pág. 117.

<sup>1421</sup> GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Corrupción y delito...», ob. cit.

<sup>1422</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621.

En tales casos, esos actos deben incluirse en el tipo del art. 286 bis CP, pero no en el delito contra el patrimonio social<sup>1423</sup>. Para ello, se argumenta que no existe delito de administración desleal, en la medida en que la disminución económica derivada del incentivo ofrecido se ve compensada con los beneficios del contrato obtenido, por lo que la ilicitud del hecho se considera suficientemente atendida con la sanción por el delito de corrupción privada<sup>1424</sup>.

Incluso algunos autores entienden que el delito de corrupción privada tampoco es aplicable a los pagos corruptos en beneficio de la sociedad, siempre que exijamos la infracción de un deber de lealtad para consumir la conducta del art. 286 bis CP; ya que los casos en los que no se constate el perjuicio al patrimonio social o aquellos en los que el soborno incremente el patrimonio de la empresa, o en los que no se haya infringido un deber cualificado de lealtad, son atípicos, aun cuando se vulnere la competencia, pues asumiendo un modelo mixto de protección no se cumple una parte del desvalor de esta conducta<sup>1425</sup>.

Pero la conclusión acerca de la no aplicación del delito de administración desleal es matizable atendiendo a dos elementos, como son: i) si se considera que el pago ilícito genera un riesgo de sanción para la entidad; y ii) si para realizar el pago ilícito se utilizan fondos no sujetos al control social («cajas negras»).

## 2.2. El riesgo de sanción para la sociedad

El primer elemento a tener en cuenta es que al realizar este tipo de pagos ilícitos se genera un riesgo anormal y extraordinario para la sociedad, que consiste en el riesgo de las sanciones administrativas, civiles o penales que la sociedad puede tener que afrontar como consecuencia del hecho cometido. Tal riesgo podría ser considerado el perjuicio al que se refiere el delito de administración desleal<sup>1426</sup>.

---

<sup>1423</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 430; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1424</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 430.

<sup>1425</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 430; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1426</sup> Esta es la solución que se alcanzó en Francia por la *Cour de Cassation*, en sentencia de fecha 27 de octubre de 1997, en la que se afirma que «cualquiera que sea la ventaja a corto plazo que pueda proporcionar, el uso de fondos sociales con el único propósito de cometer un delito, como la corrupción, es contrario al interés social, dado que se expone a la empresa a un riesgo anormal de sanciones penales o administrativas contra sí misma y sus dirigentes y socava su crédito y reputación»; véase, *Cass. Crim.* 27 de octubre de 1997 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007069332&dateTexte=>; consulta agosto 2015). Esta doctrina se ha reiterado en sentencias posteriores, como *Cass.*

Esta posibilidad ha sido negada por algún sector doctrinal<sup>1427</sup>, considerando que el delito de administración desleal no es un delito de peligro, sino de resultado, por lo que no se puede entender consumado por las conductas de los administradores que sólo crean un riesgo o peligro de perjuicio. Desde esta posición, el administrador que dolosamente crea un riesgo económico anormal para la sociedad, mediante pagos delictivos, comete un delito de administración desleal si concurren dos elementos: i) que la sociedad soporte efectivamente consecuencias derivadas de tales hechos; y ii) que esas consecuencias sean de efectos económicos superiores a los beneficios obtenidos.

Sin embargo, otro sector doctrinal considera que nada impide apreciar el delito, cuando los fondos societarios se hayan empleado en obtener beneficios que provienen de un acto ilícito (como es el caso en que se hayan empleado para sobornar a particulares), dado que «el acto ilícito genera el peligro de tener que responder por él no sólo para los sujetos individuales que lo cometen, sino también para la sociedad, y esta consecuencia ya no depende del sujeto pasivo. Este peligro de responsabilidad, como es obvio, disminuye el valor económico del patrimonio»<sup>1428</sup>.

### 2.3. Las «cajas negras»

En segundo lugar, hemos de plantearnos el caso en el que para realizar los sobornos en beneficio de la empresa se hayan utilizado fondos no sujetos al control social. Es el caso de uso de «cajas negras», en las que el dinero para los sobornos es sustraído al control de los órganos sociales competentes para

---

*Crim.* 14 de mayo de 2003 (disponible en <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20030514-0281217>; consulta agosto 2015) y *Cass. Crim.* 22 de septiembre de 2004 (disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007599487>; consulta agosto 2015).

<sup>1427</sup> GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Corrupción y delito...», ob. cit. Para este autor, la cuestión debe observarse desde un prisma distinto: valorando, por un lado, si el objetivo a conseguir con los pagos ilícitos pertenece o no al objeto social, y, por otro, si los pagos vinculados a la corrupción son o no un presupuesto ordinario e indispensable para poder operar en un mercado determinado. Por eso, diferencia dos supuestos:

1) Los casos de «corrupción inevitable», que son aquellos en los que el administrador se somete a una realidad corrupta preexistente, inevitable, no buscada por él y necesaria para el desarrollo del objeto social. Considera que son ajenos al tipo penal, por inexistencia de un uso abusivo de las facultades de administración.

2) Los casos «de corrupción agresiva», en los que la corrupción es un instrumento activo inexistente previamente, que es utilizado para alterar, simplemente, las reglas del juego en el mercado. Entiende que estos supuestos implican un abuso de la función por parte del administrador y, por tanto, son idóneos para constituir una conducta delictiva de administración desleal.

<sup>1428</sup> BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio...», ob. cit.

ello<sup>1429</sup>. Esta cuestión se ha planteado en Alemania en relación con los casos *Kanther/Weyrauch* y *Siemens-KWU*<sup>1430</sup>, que se resolvieron por el *BGH*<sup>1431</sup>.

En ambos, se concluyó que la utilización de fondos mantenidos en «cajas negras», fuera del control de los órganos societarios competentes, para realizar sobornos, constituye un daño patrimonial definitivo<sup>1432</sup>; sin perjuicio del propósito de los administradores de utilizar los fondos sólo en favor de los intereses del ente administrado e incluso cuando de esa manera se hayan obtenido beneficios patrimoniales para dicho ente administrado<sup>1433</sup>.

Así, en el caso *Kanther/Weyrauch*, el *BGH* afirma que el mantenimiento ilícito de activos significativos en una «caja negra» para eludir a los órganos estatutarios supone un perjuicio patrimonial, aunque sean utilizados a discreción del administrador con fines políticos o de otra índole<sup>1434</sup>. Mientras que en el caso *Siemens-KWU* afirma que el administrador no cumple con su deber cuando los fondos se ocultan para pagar sobornos a terceros, aun cuando pueda resultar un beneficio económico indirecto de la entidad<sup>1435</sup>; es decir, aunque la decisión de incumplir las normas corporativas esté guiada por la posible utilidad que las prácticas corruptas pudieran tener en cuanto al acceso a un mercado y al retorno de la inversión<sup>1436</sup>.

Por tanto, ambas sentencias consideran irrelevante, a los efectos de la administración desleal, que la empresa hubiera obtenido un importante beneficio con los contratos obtenidos mediante soborno, pues el perjuicio patrimonial consistía en la elusión de los controles estatutarios del uso del dinero, mediante las cuentas mantenidas fuera del conocimiento de los órganos

---

<sup>1429</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

<sup>1430</sup> Sobre ambos, véase BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio...», ob. cit., *passim*.

<sup>1431</sup> El caso *Kanther/Weyrauch* por *BGH 2 Str 499/05* (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/05/2-499-05-1.php>; consulta abril de 2015) y el caso *Siemens-KWU* por *BGH 2 StR 587/07* (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/07/2-587-07.php>; consulta abril de 2015).

<sup>1432</sup> En el caso *Kanther/Weyrauch* se trataba de los fondos de un partido político, pero sus consideraciones se pueden aplicar también a los administradores sociales. En el caso *Siemens-KWU* la condena se basaba en la existencia de un fondo para pagar sobornos con el fin de obtener contratos comerciales. En el supuesto concreto, la condena se basaba en el pago a directivos de la empresa italiana Enel, a cambio de lo cual *Siemes* obtuvo contratos por valor de 338 millones de euros. Los acusados fueron también condenados por un delito de corrupción privada y basaron su recurso en la falta de competencia de los tribunales alemanes al suceder los hechos en el extranjero, lo que no es aceptado por el *BGH* (*BGH 2 StR 587/07. Gründe C.I.2*).

<sup>1433</sup> BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio...», ob. cit.

<sup>1434</sup> *BGH 2 Str 499/05. Gründe II*.

<sup>1435</sup> *BGH 2 StR 587/07. Gründe C.I.1*

<sup>1436</sup> KLINKHAMMER, J., «Varieties of corruption...», ob. cit., pág. 324.

sociales<sup>1437</sup>. Desde esta perspectiva, la constitución de cajas negras se considera un comportamiento encuadrable en el delito de administración desleal, con el argumento de que su constitución por parte de los administradores lesiona la capacidad de disposición del titular del patrimonio<sup>1438</sup>.

Para BACIGALUPO, esta interpretación debería ser perfectamente compatible con el anterior artículo 295 de nuestro Código Penal (y a nuestro juicio, nada impide que se aplique al nuevo art. 252 CP), dado que el mantenimiento de «cajas negras» fuera de la contabilidad supone un exceso de las facultades del administrador y, en tal sentido, constituiría una disposición fraudulenta de bienes de la sociedad en los términos de dicho artículo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el administrador de una sociedad que tiene a su disposición fondos de la misma, cuando tales fondos están sustraídos del conocimiento y control de la sociedad («caja negra»), y los utiliza para sobornar a un tercero, cometería tanto el delito de administración desleal como el delito de corrupción privada activa. En tal caso, cabría distinguir dos acciones distintas; mejor dicho, cabría distinguir una omisión y una acción distintas:

1) La omisión de informar a los entes sociales de la existencia de los fondos y posibilitar su control. Existe una omisión por parte del administrador de informar sobre la existencia de dichos fondos y de informar que dichos fondos van a ser utilizados para pagar sobornos<sup>1439</sup>.

2) La acción de disponer de ellos para sobornar a un tercero.

La primera daría lugar al delito de administración desleal. La segunda al delito de corrupción privada. Por tanto, al tratarse de dos conductas que dan lugar a dos delitos, la relación entre ellos sería de concurso real.

### III. RELACIÓN CON EL DELITO DE ESTAFA

La doctrina ha puesto de manifiesto algunos supuestos fácticos que podrían dar lugar a un concurso entre el delito de corrupción privada y el delito de estafa.

---

<sup>1437</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

<sup>1438</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional...», ob. cit., pág. 11, nota 38. En sentido crítico con esta solución, véase NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y...», ob. cit., págs. 139 y 140.

<sup>1439</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 46.

Así, en los casos de corrupción pasiva, puede suceder que el subordinado imponga un sobreprecio sobre los productos suministrados o encarezca artificiosamente el valor de la mercancía comprada para apoderarse de la diferencia, provocando una lesión patrimonial directa en el patrimonio de la empresa. En tales casos, además del delito de corrupción privada se indica que cabría apreciar la figura de la estafa, respecto a la entidad a la que el sobornado pertenece<sup>1440</sup>.

A nuestro juicio, habría que examinar caso por caso las funciones que el subordinado ejerce en la entidad, ya que es posible que en atención a ello, en realidad sea un «administrador» de la sociedad, al menos en lo referente a una faceta concreta o negocio determinado de la misma. De tal modo que en estos casos más que concurrir un delito de estafa, será de apreciación el delito de administración desleal.

Sin perjuicio de lo dicho, el recurso al delito de estafa ha sido utilizado para abordar algunos supuestos fácticos sucedidos antes de la incorporación del art. 286 bis CP a nuestro ordenamiento, y que ahora bien pudieran considerarse como delito de corrupción privada.

Así sucedió, por ejemplo, en los hechos resueltos por la SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 23 de febrero de 2010.

En ella se declara probado, en síntesis, que el acusado A era el director de aprovisionamiento de una empresa X, entrando dentro de sus funciones la de contactar y seleccionar los proveedores de la misma. Debido al desempeño de esas tareas contactó con B, titular de una empresa de artes gráficas, a los fines de entablar relación comercial, para pasar a ser proveedora de la empresa X, elaborando folletos, catálogos, muestrarios, embalajes, etc. Siendo de interés de dicha empresa gráfica el poder abastecer a un cliente de tal entidad y valiéndose de la confianza generada por su trayectoria laboral en ésta, el acusado A instó a B a elevar al alza el importe correspondiente al precio del material que fuese sirviendo, en porcentaje que no superaba el 10% y que en cualquier caso no sobrepasó en ningún momento los márgenes de precios del mercado en ese sector comercial. Así lo hizo B, generando facturas distorsionadas y entregando la diferencia personalmente al acusado, quien a su vez las presentaba a su aprobación en el comité de dirección de la empresa X, haciéndolas pasar por el importe real del valor de los bienes suministrados. De tal manera que el acusado

---

<sup>1440</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 250; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 153 y 154.

A percibió 153.484,93 euros, correspondientes al porcentaje detraído de noventa facturas.

No hay duda de que estos hechos ahora serían subsumibles en el art. 286 bis CP.

En la instancia, A fue acusado por un delito de estafa. La SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 23 de febrero de 2010, lo absolvió, sobre la base de los argumentos siguientes:

1) Existió engaño por parte del acusado, porque el proceder del acusado encerraba la puesta en escena apta para la disposición patrimonial. En efecto, la confianza que los órganos directivos habían depositado en atención a su trayectoria profesional en la empresa permitían la constante aprobación de sus propuestas de contratación con proveedores y la inflación de la facturación no despertaba sospecha alguna al moverse (aún con esa alteración) dentro de los márgenes de la normalidad en el sector comercial.

2) Pero no existió un perjuicio económico para la empresa. La pericial desplegada en juicio constató que los precios de la facturación, que se consideraba deliberadamente encarecida, no superaban los márgenes habituales en el sector comercial. Lo que supuso que el precio finalmente resultante pudiera haber sido el satisfecho por la empresa querellante a cualquier otro proveedor del sector.

En consecuencia, la indicada resolución añadió:

«Conductas como la del acusado, impulsadas por el apetito desmedido de enriquecimiento, podrán ser moralmente reprobables y hasta socialmente también en un conglomerado ciudadano a quien no extraña la picaresca, pero no encuentran asiento en el tipo de estafa. Acaso a colmar lagunas de impunidad derivadas de supuestos como el enjuiciado (pues, con independencia de la controversia doctrinal que previsiblemente pueda generar su inclusión, como laguna lo tiene la Unión Europea para la generalidad de sus Estados miembros a tenor de la Decisión Marco 2003/568 de 22 de julio sobre lucha contra la corrupción en el sector privado) se integra en el grueso paquete que conforma el Proyecto de L.O. de reforma del Código penal actualmente en sede parlamentaria (fue remitido al Congreso de los Diputados en diciembre de 2006 -BOCG de 15 de enero de 2007-) que se ubica en el tipo definido art. 286 bis, bautizado ya por los estudiosos como delito



de corrupción privada, y por tanto en estadio de "lege ferenda" pero no de "lege data" que es la que obligaría a la sanción en resoluciones como la presente».

La Sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación. El recurso fue resuelto y estimado por la STS, Sala 2ª, nº 1167/2010, de 9 de diciembre, que condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de estafa. Esta resolución parte de la base siguiente:

«Es claro, como afirma el Ministerio Fiscal, que en el presente caso el desplazamiento patrimonial se produce como consecuencia de un consentimiento viciado, erróneo, y produce como resultado que el autor se enriquece ilícitamente y la víctima sufre el consiguiente perjuicio patrimonial, bastando que aquél esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero. No se trata de analizar los hechos desde una perspectiva teórica o abstracta sino en función de la conducta desarrollada por el perjudicado, obligado por otra parte a concluir los contratos de suministro en las mejores condiciones posibles para su principal. El perjuicio es real y consecuencia del plan urdido por el acusado, sin que la corrección de los precios conforme al mercado signifique otra cosa que una mera referencia al resultado de la oferta y la demanda en general, pero siempre susceptible de aquilatarse a la baja como sucede en el presente caso».

Por lo cual, consideró que concurre un engaño omisivo, que se muestra en la necesidad de generar unas facturas distorsionadas entregando el proveedor personalmente la diferencia al acusado, quien a su vez las presentaba a su aprobación en el comité de dirección de la empresa, haciéndolas pasar por el importe real del valor de los bienes suministrados. Por todo ello, consideró que se cumplían los requisitos típicos del delito de estafa.

Otro supuesto en el que se discutió la aplicación del delito de estafa, a hechos que hoy serían subsumibles en el delito de corrupción privada, es el caso de la SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 12 de junio de 2012.

En este supuesto, se declaró probado que los coacusados X e Y se pusieron de común acuerdo para obtener un beneficio patrimonial de la siguiente manera: X desempeñaba su tarea como auxiliar administrativo en el departamento de frescos (charcutería) de la empresa C, una cadena de supermercados de ámbito nacional, y contactó con Y, que era un proveedor

residual de la cadena de supermercados, sirviendo bolsas para el envasado al vacío. X fue quien presentó y recomendó a Y y a su empresa A a su jefe inmediato.

X era quien se encargaba de realizar las compras de utensilios para la venta de los productos de charcutería, quesos y ahumados. Entre esos productos destacaban las bolsas para el envasado al vacío que compraba a la empresa A. De tal manera que X recibía de Y comisiones que oscilaban entre el 30 y el 40 % del importe de la factura, habiendo recibido en esos años A, y por ese concepto, un total aproximado de 1.300 millones de pesetas. Para justificar esas cantidades recibidas, X, sin dejar de ser empleado de C, se dio de alta como comercial para la entidad A, facturándole así las comisiones por diferentes conceptos sin corresponderse ninguno de ellos con la realidad.

La cadena de supermercados no detectó el ingente número de pedidos de bolsas de envasado, que se incrementó en más de un 400 % en el período de dos años, pese a que dichos datos se reflejaban en las entradas, y en las facturas que fueron todas ellas registradas, validadas, contabilizadas, firmadas y pagadas.

En la instancia, los acusados fueron absueltos de los delitos de estafa y falsedad. La SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 12 de junio de 2012, consideró que no se había producido un engaño bastante, indicando:

«Como se ha anunciado, no ha quedado probado a juicio de este Tribunal el elemento esencial del engaño idóneo y antecedente del desplazamiento patrimonial, que las acusaciones construyen sobre una apariencia de profesionalidad insalvable en la estrategia y operaciones realizadas por los coacusados. Ciertamente, X aprovechó su condición de empleado y la confianza que en él depositaron sus superiores para actuar por su cuenta e incluso extralimitándose en sus funciones, nunca discutidas por sus superiores inmediatos (Don. R) o mediatos (Sres. V). Es lo único que pueden sostener las acusaciones.

Frente a ello tenemos una mercantil de gran envergadura con resortes y un "arsenal" (en palabras del TS) de medios técnicos y personales, que de poco sirvió pero que debió desplegarse eficazmente para evitar que un simple auxiliar administrativo realizase el colosal gasto de miles de millones de pesetas de una manera tan descarada y burda como aquí ocurrió. No olvidemos, que los primeros años (antes de instaurar el nuevo sistema informático)

los movimientos eran más tímidos, incluso se abastecía el servicio de bolsas con dos proveedores, será a partir de la implantación informática cuando las operaciones y validación inicial (insistimos, inicial) de la mercancía se realiza por parte de X, que introduce las facturas. Conducta que se realiza de forma más acentuada, y casi grotesca en el primer trimestre de 2001, tal como él mismo reconoció. Todo ello se realizó con total tranquilidad desde su ordenador y (no debe olvidarse) con su clave de acceso, con total impunidad y diariamente durante casi dos años».

Por lo que entendió que había existido una falta de autoprotección de la víctima, que se trataba de una gran mercantil que había sido burdamente engañada durante más de dos años por una elevadísima cantidad de dinero, por un mero auxiliar que ocupaba el último escalón de la empresa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación. El recurso fue resuelto y desestimado por la STS, Sala 2ª, nº 671/2013, de 19 de julio.

Esta resolución no aceptó la falta de autoprotección, indicando que la reacción de la empresa C se produjo en el momento en que pudo producirse, esto es, cuando la estrategia puesta en marcha por los principales acusados dejó de ser un secreto y exteriorizó sus efectos, ya que en muchas ocasiones la tardanza en la reacción del perjudicado puede explicarse, no ya por la relajación de los mecanismos de autoprotección, sino por la eficacia del sistema puesto en marcha por los autores del hecho; además, en el caso concreto el volumen de operaciones realizadas por una entidad como la perjudicada y la habilidad puesta de manifiesto por los acusados permitían entender el beneficio acumulado por ambos.

Ahora bien, sigue diciendo la sentencia del Tribunal Supremo, una cosa es que los argumentos de la Audiencia referidos a la doctrina de la autoprotección en el delito de estafa no puedan ser asumidos y otra bien distinta es que los hechos puedan ser subsumidos en el delito de estafa.

En primer lugar, porque se declara expresamente probado que el porcentaje pactado entre los acusados se correspondía con el margen de beneficio que le restaba a la empresa A, facturando a la entidad C al precio que lo hacía el anterior proveedor por el mismo producto. Esa afirmación excluye la existencia de un perjuicio económico y expresa que la relación entre las entidades estuvo presidida por las mismas condiciones pactadas con anteriores

suministradores, por lo que no se generó el daño patrimonial que es inherente a toda defraudación. Sin perjuicio de ello, la sentencia añadió:

«Es seguro que la actuación de X, empleado de C, no fue un ejemplo de lealtad. Pero esa deslealtad no tiene ahora, ya en fase casacional, traducción jurídica. Su condición de "... auxiliar administrativo en el departamento de frescos (charcutería) de C" le distancia de una posición en el organigrama societario en la que el quebrantamiento de ese deber de lealtad pudiera llegar a ser subsumible en otros tipos penales alternativos. El acusado no puede ser ahora condenado por haber incumplido el deber ético de comunicar a la empresa de la que formaba parte que los precios que abonaba C a A podrían haber sido reducidos en una fácil negociación con la entidad proveedora. X no era responsable de ventas, carecía de poderes para vincular a C y su actuación distaba mucho de ser asimilada a un hipotético administrador de hecho».

En segundo lugar, la sentencia entendió que el desplazamiento patrimonial efectuado por C a la entidad A no se producía como consecuencia de un engaño determinante de un error. El relato de hechos probados indicaba que no había quedado acreditado que A emitiese albaranes y facturas falsas, tampoco que se sirviesen menos pedidos de los cursados y pagados.

Por todo ello, concluyó:

«De ahí pueden deducirse dos ideas que obstaculizan el juicio de subsunción postulado por la acusación particular. La primera, que lo que se abonó -eso sí, a un precio absolutamente desproporcionado y que podía haber sido negociado a la baja- fueron todas las bolsas de envase al vacío que fueron suministradas. La segunda, que ninguna de esas transferencias fue la consecuencia de un error generado por una facturación falsa, concebida para reflejar operaciones inexistentes. C no pagaba las comisiones. La ganancia de X fue siempre el resultado del pacto suscrito con el coacusado Y, que descontaba del precio abonado por aquella cadena el importe de sus sustanciosas comisiones».

En segundo lugar, también en el ámbito de la corrupción privada pasiva puede darse el caso de quien, aparentando una capacidad de decidir en la contratación de la que carece, solicita un beneficio o ventaja injustificados. En este caso, dados todos los demás elementos, podría plantearse la concurrencia

de un delito de estafa<sup>1441</sup>; en el que además se suscitarían los problemas propios de la estafa en negocio ilícito<sup>1442</sup>.

Es decir, cabría considerar el hecho como constitutivo de estafa si alguien aparenta tener una capacidad de decisión en la empresa que no tiene y convence a la contraparte para que le entregue el beneficio o ventaja solicitada u ofrecida<sup>1443</sup>.

También podría concurrir este delito cuando el sujeto que ha recibido la dádiva debe decidir y también convencer a otras personas para tomar la decisión de favorecimiento, es decir si engaña a los demás sujetos competentes para la toma de decisión sobre las bondades de una oferta que, en realidad, sería peor a otras concurrentes (por ejemplo, en el caso de que el sujeto incentivado sea un administrador que ha de decidir y convencer a otro o a los integrantes del órgano competente)<sup>1444</sup>.

#### **IV. RELACIÓN CON EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS**

El delito de corrupción privada puede cometerse para, en casos de adjudicación de contratos, abonar comisiones a cambio de recibir información sobre las ofertas de los demás competidores a fin de mejorarlas y así obtener la adjudicación, lo que supone un ataque a la competencia leal<sup>1445</sup>. Además, de tal ataque puede suponer un delito de descubrimiento y revelación de secretos, en cuanto difusión de una materia de conocimiento reservado.

#### **V. RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

##### **1. INTRODUCCIÓN**

La vigencia del delito de corrupción privada plantea disfunciones entre tal conducta y las infracciones recogidas en materia de defensa de la competencia. Ya hemos visto que la legislación específica en tal ámbito considera como infracción algunas conductas que se pueden subsumir -ahora- en el delito del art. 286 bis CP. Concretamente, el artículo 14 de la Ley 3/1991,

---

<sup>1441</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 430; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 101, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>1442</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 429.

<sup>1443</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 250; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 63.

<sup>1444</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 430.

<sup>1445</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

de 10 de enero, de Competencia Desleal, se refiere a la inducción a la infracción contractual (ámbito en el que la doctrina considera incluidos la entrega de dádivas a empleados de una empresa para obtener de ellos una determinada actuación<sup>1446</sup>). Además, el art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, regula el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Por eso, es preciso conocer el ámbito de aplicación de estas infracciones administrativas y tratar posteriormente cuál debe ser el criterio para resolver los casos en que pudieran concurrir con un delito de corrupción privada.

## **2. INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL**

### **1. Introducción**

El artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, regula la inducción a la infracción contractual, indicando:

«1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas».

La ilicitud de la inducción a la infracción contractual tendió a fundarse originariamente en criterios de corrección profesional: su tipificación entre los actos de competencia desleal elevó un uso honesto del tráfico a la categoría de regla de Derecho; pero esta percepción no puede sostenerse a la vista de un modelo de tutela institucional de la competencia<sup>1447</sup>. Tras la inducción a la infracción contractual se esconde la lucha por la captación de clientes y factores

---

<sup>1446</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 59. MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1999, págs. 410 y 411; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a la infracción contractual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 379 a 404, esp. pág. 390.

<sup>1447</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 403.

de producción<sup>1448</sup>. Esta es una lucha que caracteriza al mercado y que no sólo es lícita, sino aconsejable y deseable para el correcto funcionamiento del mismo<sup>1449</sup>; y además es potenciada por el sistema de libre competencia: la clientela, la fuerza del trabajo, los suministradores de bienes, servicios y capitales se arrebatan ofreciendo mejores condiciones y el peligro que de ello deriva (pérdida de ingresos e incluso la expulsión del mercado del competidor) es un efecto asumido por el Derecho de la competencia<sup>1450</sup>.

Ahora bien cuando la captación de clientela o factores de producción se realice con actuaciones torticeras, medios espurios, o en definitiva, de forma contraria a la «buena fe objetiva», tal comportamiento se calificará como desleal; pero, si no es así, la lucha por la captación de clientela o factores de producción estaría justificada (sería leal) por razones de eficiencia económica<sup>1451</sup>. Ello quiere decir que el sistema no se orienta aquí hacia la tutela de las prestaciones de un agente económico, sino hacia la represión de conductas que ocasionan un perjuicio y, de modo paralelo, reportan una ventaja carente de justificación concurrencial<sup>1452</sup>.

La doctrina ha puesto de manifiesto que, bajo esta rúbrica del precepto, en realidad, se tipifican tres actos de competencia desleal diversos: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida<sup>1453</sup>. Como elementos comunes a las tres modalidades se pueden citar los siguientes:

1) Existencia previa de una relación contractual. Sin ella no hay deberes contractuales cuya infracción pueda inducirse o aprovecharse, ni contrato cuya terminación regular pueda pretenderse<sup>1454</sup>.

2) Irrupción de un sujeto en una esfera de relaciones contractuales de las que no es parte. Se trata, en particular, de la irrupción que provoca o aprovecha una ruptura contractual, sea la infracción de las obligaciones derivadas de un contrato o la terminación de un contrato.

---

<sup>1448</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 404.

<sup>1449</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., págs. 386 y 387.

<sup>1450</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 404.

<sup>1451</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., págs. 386 y 387.

<sup>1452</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 404.

<sup>1453</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 406; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 381.

<sup>1454</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 405.

3) El sujeto agente del comportamiento debe participar en el mercado. El conocimiento de la existencia de una relación contractual, respecto de la que se lleva a cabo bien la inducción a incumplirla o a terminarla regularmente o bien el aprovechamiento de su infracción, ha de tener una finalidad concurrencial<sup>1455</sup>.

## **2. Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos**

### **2.1. En general**

De las tres conductas descritas es especialmente relevante la primera de ellas: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos. Esta es, por sí misma, una conducta reprobable desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, sin necesidad de probar circunstancias ulteriores<sup>1456</sup>; porque se considera que no hay espacio lícito posible para dirigirse a otro, incitándole a infringir obligaciones básicas emanadas de su vínculo negocial<sup>1457</sup>.

La figura requiere necesariamente la existencia de una relación contractual, relación sobre la que precisamente un tercero (sujeto agente) ejercita una determinada actividad (inducción), con el propósito de que el sujeto pasivo infrinja los deberes contractuales básicos derivados de la relación contractual que le vinculan con su contraparte (empleador)<sup>1458</sup>.

Ello supone que la actividad de inducción debe necesariamente estar dirigida u orientada a la infracción, pero no de cualquier deber que pese sobre el inducido y que esté relacionado con su relación contractual, sino que se trata exclusivamente de «deberes básicos» derivados de ésta: los deberes relacionados con las prestaciones principales y aquellos cuya infracción legitime para pedir la resolución del contrato<sup>1459</sup>. En este sentido, la STS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2007, indica que entre tales deberes básicos no se incluye, con carácter general, el deber de preaviso por parte del trabajador<sup>1460</sup>.

---

<sup>1455</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., págs. 406 y 407; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., págs. 384 y 385.

<sup>1456</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 386. A diferencia de lo que ocurre con la inducción a la terminación regular de un contrato, que sólo es desleal si la inducción va acompañada de unas circunstancias determinadas previstas en el art. 14.2 LCD.

<sup>1457</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., págs. 410 y 411; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 390.

<sup>1458</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 389.

<sup>1459</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 408; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 390.

<sup>1460</sup> Sobre esta sentencia, MAROÑO GARGALLO, M. M., «Sentencia de 23 de mayo de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Civitas, nº 76, enero-abril, 2008, págs. 111 a 129.



La doctrina<sup>1461</sup> ha indicado que los diversos supuestos de inducción al incumplimiento de deberes contractuales básicos pueden ordenarse en dos grandes grupos de casos: i) si la inducción tiene por fin sustituir la relación infringida por otra nueva, los supuestos son la captación de clientela y de factores de producción; y ii) si la inducción no tiene por fin sustituir la relación infringida por otra nueva, los supuestos son el pluriempleo ilícito y el soborno.

## **2.2. Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos mediante pago de sobornos**

La práctica de sobornar a otro, como medio para que infrinja sus deberes contractuales básicos con un tercero y con una finalidad concurrencial, es una conducta ilícita desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal. Estas conductas son hoy subsumibles en el art. 286 bis CP, ya que comparten sus elementos. Incluso la doctrina mercantilista<sup>1462</sup>, describe distintos supuestos de soborno que son un trasunto de conductas, a nuestro juicio, incluidas en el tipo penal, como son:

1) El soborno o corrupción de trabajadores, en el que se incluyen por la doctrina<sup>1463</sup>, como ejemplos, la aceptación de gratificaciones sin consentimiento del principal por parte del trabajador a quien se le confió la conclusión de negocios; así como toda clase de propina o ventaja a un trabajador sin consentimiento del principal, cuando ello pretenda la iniciación o continuación de una relación contractual.

2) Las propinas, dádivas u otras ventajas de cualquier clase que se ofrezcan a administradores sociales, en la medida en que la aceptación de las mismas constituye una transgresión del deber de diligencia impuesto en relación con el desempeño de su cargo.

3) El soborno a otra clase de colaboradores o personas vinculadas contractualmente que se hayan comprometido a prestar servicios de asesoramiento relativos a la elección de proveedores o clientes, o simplemente de productos o servicios.

---

<sup>1461</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., págs. 410 y 411; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 390.

<sup>1462</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 409; DOMÍNGUEZ PÉREZ, «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 392.

<sup>1463</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia...*, ob. cit., pág. 409; DOMÍNGUEZ PÉREZ, «Artículo 14. Inducción a...», ob. cit., pág. 392.

Uno de los supuestos en los que se ha aplicado este precepto es en la SAP Barcelona, de 26 de octubre de 2005. En ella se trata sobre la inducción a la infracción contractual por parte de una empresa (Exponovias) sobre un fabricante (*Wedtex International Corp*) para lograr que éste rompiera un pacto de exclusiva que tenía con otra empresa del mismo sector (Pronovias). Entre los actos de inducción se incluyó la entrega de una cartera de marca *Loewe* al representante legal de *Wedtex*.

En síntesis, los hechos fueron los siguientes: la empresa china *Wedtex* mantenía desde hacía años una relación estable con Pronovias, fabricando y suministrando para ella trajes de novia y otros artículos de moda, desempeñando al mismo tiempo la tarea de agente de otros fabricantes chinos. Los trajes que suministra *Wedtex* para Pronovias eran confeccionados a partir de diseños y patrones propios y propiedad de Pronovias.

En tal situación, los representantes legales de Exponovias contactaron con el representante legal de *Wedtex*, proponiendo iniciar relaciones comerciales de confección de vestidos, a lo que *Wedtex* accedió respecto de determinados artículos. En el curso de los tratos, el representante legal de *Wedtex* pudo comprobar el interés de Exponovias en contactar con otros proveedores chinos, que también lo eran de Pronovias, a lo que el primero se negó, ofreciendo otros colaboradores que no lo eran de Pronovias; así como el interés de Exponovias en conseguir los diseños de Pronovias. *Wedtex* comunicó a Exponovias su intención de no colaborar más con dicha empresa. En el procedimiento quedó acreditado la percepción del representante legal de *Wedtex* de tener un vínculo de exclusividad con Pronovias, lo que motivó su negativa a colaborar con el grupo competidor, en particular por entender que su lealtad contractual quebraría si proporcionaba a Exponovias trajes cuyo diseño era propio de Pronovias. Esta entidad había dirigido varias comunicaciones a sus proveedores chinos advirtiéndoles de la exclusividad referida a sus diseños y de que, por ello, no debían vender a terceros los vestidos por ella diseñados.

La negativa de *Wedtex* provocó la reacción de Exponovias, dirigiéndole cartas en las que indicaba a *Wedtex* que si tenía problemas en servirle sus pedidos podían constituir una nueva sociedad en breve o instándole a solucionar los problemas que pudieran tener por su relación con Pronovias. *Wedtex* tuvo la percepción de que Exponovias quería mantener la relación comercial ocultando hechos que la revelaran a Pronovias o colaborando en secreto, de forma clandestina, evitando así el conocimiento de ésta. Finalmente, la sentencia considera significativo que Exponovias regalara al representante legal de *Wedtex*, poco después de la última carta, una cartera de *Loewe*.

Sobre este conjunto de hechos, la SAP Barcelona, de 26 de octubre de 2005, indica:

«Esa actuación evidencia un verdadero ejercicio de influencia sobre la compañía Wedtex que se dirige personalmente a su administrador Sr. J., constitutiva de una inducción al quebrantamiento de deberes contractuales básicos, identificados con el carácter de exclusividad de su relación de fabricante y proveedor de Pronovias y, fundamentalmente, en lo que respecta a la venta a terceros de vestidos cuyos diseños y patrones proceden de Pronovias, prohibición esta última que, desde la lógica comercial, debe entenderse presente en esa relación que vinculaba a Wedtex y a Pronovias; así lo entendió el proveedor chino y así lo advirtió expresamente Pronovias.

No cabe duda de que Exponovias conocía que, de actuar Wedtex de la manera que le proponía, infringía pactos contractuales básicos, quebrando la lealtad contractual hacia Pronovias y perjudicando a la misma por suministrar a terceros sus diseños, y de ahí la propuesta de procedimientos que no comprometieran al proveedor, sugiriendo la clandestinidad del carácter simultáneo de su colaboración con dos competidores.

V) Es cierto que la inducción a la infracción contractual no tuvo éxito, pero ello no impide la integración del tipo legal, que no precisa la obtención del resultado perseguido, sino tan sólo la acción relevante. Aunque, eso sí, la frustración del propósito impide la estimación de daños y perjuicios, que no derivan necesariamente, *ex re ipsa*, de la inducción que no fructifica».

### **3. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES**

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia regula el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Concretamente, su art. 3, señala:

«La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas,

de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 se consideran una infracción grave -art. 62.3, letra c) LDC-, susceptible de ser castigada con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1, letra b) LDC); y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios la sanción es la multa de 500.001 a 10 millones de euros (art. 63.3 LDC).

Es evidente que, dada esta normativa y la redacción del art. 286 bis CP, se produce un solapamiento de acciones penales y civiles de defensa de la competencia<sup>1464</sup>; porque puede existir un paralelismo entre las conductas de corrupción entre particulares y las conductas recogidas en materia de defensa de la competencia<sup>1465</sup>. De tal manera que serían susceptibles de sanción administrativa actos que, en principio, serían subsumibles en el tipo penal del art. 286 bis CP.

Como precedente, en este ámbito, tenemos la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 16 de febrero de 1999 (Expte. 375/96, Tabacos de Canarias).

El expediente correspondiente se inició en virtud de denuncia presentada por la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias contra Tabacalera, S.A. y su subsidiaria C.I.T.A., S.A., por la realización de prácticas de abuso de posición dominante como de venta a pérdida por Tabacalera de determinados cigarros y el otorgamiento por parte de Tabacalera a C.I.T.A. de una subvención, para que ésta pudiera vender cigarros por debajo de coste. A esta denuncia se adhirió la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. Posteriormente, se presentaron escritos de ampliación de la denuncia en los que se imputaba a Tabacalera otros actos, entre los que se encontraba la puesta en marcha de una campaña de regalos a los expendedores que compraban productos de Tabacalera, en lugar de los de la Compañía Canariense de Tabacos, S.A.

Tras la oportuna investigación, se declaró probado que Tabacalera procedió a la entrega por de diversos tipos de incentivos, obsequios y regalos a los expendedores (cigarrillos, cigarros, humidores, barajas, llaveros, corta

---

<sup>1464</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 42.

<sup>1465</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Sobre la tipificación...», ob. cit., págs. 501 y 502.

puros, mecheros, bolígrafos, ropa deportiva, bolsas de viaje, etc.) por vender en determinadas condiciones los productos de la propia Tabacalera<sup>1466</sup>. Sobre esta conducta, la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 16 de febrero de 1999, indicó:

«6. La segunda de las prácticas que se imputa a Tabacalera consiste en ofrecer regalos o incentivos a los estancieros para que vendan preferentemente los productos de su marca. Esta práctica resultaría desleal porque, a juicio del denunciante y del Servicio de Defensa de la Competencia, infringe lo dispuesto en el art. 7.2 de la Ley 38/1985, que establece que los mayoristas (Tabacalera) no podrán retribuir a los expendedores (estancos) más que con la comisión establecida por esta Ley, y en el art. 5.1 del R.D. 2738/1986, que desarrolla la Ley anterior y que dispone que los distribuidores al por mayor de tabaco no podrán conceder a los expendedores ningún tipo de bonificaciones o incentivos (art. 15.1 de la Ley de Competencia Desleal, que sanciona la violación de normas, en relación con el art. 7 de la LDC).

6.1. Con respecto a esta práctica hay que decir, en primer lugar, que dicha práctica no ha sido negada por Tabacalera, sin embargo, durante la tramitación del expediente se ha producido un amplio debate sobre su licitud.

6.2. Tabacalera, basándose en un Informe de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos de 3 de julio de 1994, considera que la oferta de regalos es una actividad de promoción y, por lo tanto, no puede encuadrarse en las categorías de retribución, bonificación o incentivo. Asimismo, Tabacalera ha invocado la excepción de cosa juzgada por existir una sentencia firme del Juzgado nº 8 de Madrid de 7 de julio de 1995, que condena a Tabacalera por competencia desleal por aprovechamiento de la reputación ajena (se refiere al cigarro "Reig 15") al lanzar los cigarros "Farias Chicos" pero que, en cambio, desestima la demanda con respecto al resto de las peticiones del

---

<sup>1466</sup> Sobre los otros hechos imputados a Tabacalera (abuso de posición dominante y venta a pérdida) y las cuestiones jurídicas que se plantearon, FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos "BT/Telefónica" y "Tabacos de Canarias"», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 201, junio/julio, 1999, págs. 9 a 34, *passim*.

demandante (Canariense de Tabacos) entre las que se encontraba la práctica que se enjuicia en este expediente.

La citada sentencia distingue entre la relación de competencia que se da entre Tabacalera y Canariense en su condición de fabricantes de cigarros y el contrato de comisión para la distribución de cigarros existente entre Tabacalera y Canariense, que resulta matizado por la especial situación de monopolio de Tabacalera. En el primer caso, la práctica de hacer regalos a los estancieros es lícita (no hay competencia desleal). En el segundo, la citada práctica constituiría un incumplimiento del contrato de comisión que obliga a Tabacalera a ser neutral, pero no un acto de competencia desleal, pues el fabricante (Canariense) y el mayorista (Tabacalera) no compiten entre sí. En definitiva, la sentencia parece afirmar que se ha violado el art. 1258 del Código civil (buena fe de las partes a la hora de cumplir el contrato) y no el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal (buena fe entendida como competencia por eficiencia).

6.3. Habiendo declarado la jurisdicción civil que no existe competencia desleal por violación de normas, sino un mero incumplimiento del contrato de distribución, la única posibilidad que tiene este Tribunal para considerar que no se han producido los efectos de la cosa juzgada en este caso sería la de considerar que la conducta de Tabacalera, al romper la obligación de ser neutral en su actividad mayorista de distribución de tabaco, ha atentado contra el orden público económico que la Ley de Defensa de la Competencia debe proteger y garantizar.

Esta doctrina ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de abril de 1989, que considera ajustada a derecho la distinta percepción de las consecuencias de unos mismos hechos en el orden civil y en el administrativo y aplicada por este Tribunal en diversas ocasiones, véanse las Resoluciones de 28 de junio de 1995, 31 de marzo de 1997 y también la de 23 de diciembre de 1996 sobre medidas cautelares en este mismo expediente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, analizados detenidamente los hechos presuntamente constitutivos de la infracción, no resulta concluyente que se haya producido una

perturbación suficiente del mercado, el Tribunal considera que el art. 7 de la LDC.<sup>1467</sup> no resulta aplicable en este caso».

Por tanto, se considera que la práctica de otorgar regalos o incentivos es un acto de competencia desleal, pero que no merece sanción administrativa por no haber producido una perturbación suficiente en el mercado.

Con ello se pone de manifiesto que la legislación sobre defensa de la competencia exige que los actos desleales tengan una cierta entidad, en la medida en que sólo serán sancionadas por vía administrativa siempre «que afecten al interés público»<sup>1468</sup>. Sin embargo, este presupuesto no se exige por el Código Penal. Ello quiere decir que constituye delito un simple acto aislado de corrupción privada, aunque no tenga la entidad suficiente como para afectar al interés público. Lo que nos lleva a una situación incoherente: para el Código Penal es delito un simple acto de corrupción privada, mientras que para la legislación de defensa de la competencia es infracción administrativa la corrupción privada que tenga una entidad tal como para afectar al interés público. En definitiva, el acto de menor entidad es delito, mientras que el acto constitutivo de infracción administrativa debe ser más grave que el contemplado como delito.

#### **4. CRITERIOS DE SOLUCIÓN**

La doctrina ha propuesto diversas soluciones para resolver la cuestión relativa a la concurrencia entre las infracciones descritas y el delito de corrupción privada.

La primera solución consiste en evitar la aplicación del Derecho Penal.

Así, se apela a los principios de culpabilidad, de intervención mínima y de fragmentariedad, para el caso de que una misma conducta se considere un acto de corrupción entre particulares y una conducta recogida en la Ley de

---

<sup>1467</sup> El art. 7 de Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, indicaba:

«Artículo 7. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:

Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.

Que esa grave distorsión afecte al interés público.

2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurran dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones».

<sup>1468</sup> En los términos actuales del art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Defensa de la Competencia; de forma que el Derecho Penal sólo intervenga para sancionar aquellas conductas dolosas que distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado y que tengan una cierta magnitud económica, siempre que no haya medios menos lesivos para hacer frente a estas prácticas<sup>1469</sup>.

En este mismo sentido, se niega la posible la existencia de situaciones concursales, por cuanto las únicas conductas que deben ser enjuiciadas por el art. 286 bis CP son las que tienen por objeto el soborno buscado para dar cumplimiento a las específicas finalidades que el tipo contempla; mientras que el resto de acciones lesivas para los derechos de los consumidores se castigará por el delito correspondiente o, en su caso, por las disposiciones sancionadoras sectoriales<sup>1470</sup>.

Sin embargo, estas soluciones no son coherentes con la redacción y alcance de tipo penal. Es cierto que el resultado final puede ser que se castiguen penalmente conductas contra la competencia que no interesan en el ámbito administrativo, por considerarse –en términos de afectación de los intereses generales o del mercado- como «de bagatela»<sup>1471</sup>. Pero no cabe limitar el tipo penal en el sentido indicado anteriormente porque su redacción no da pie a tal limitación.

Por tanto, una segunda solución -inspirada en una idea totalmente opuesta-, consiste en entender que el artículo 286 bis CP convierte *de facto* en delito todas las conductas a las que se refiere la legislación de competencia desleal y de defensa de la competencia, produciéndose una suerte de derogación de esta normativa, ya que se ve superada por el Derecho Penal.

Una tercera solución, que es la correcta a nuestro juicio, consiste en resolver la cuestión desde la perspectiva de una posible concurrencia de sanciones -administrativa y penal-, para lo cual habrá que acudir, en caso de que así sea, a la prohibición del *non bis in ídem*. Se trata de una situación similar a la que se produce, por ejemplo, en el ámbito de la protección del medio ambiente, cuando concurren un delito de tal naturaleza y una infracción administrativa sobre el particular.

En este punto, es sobradamente conocida la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cuestión: en su STC nº 2/1981, de 30 de enero, afirmó

---

<sup>1469</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 43.

<sup>1470</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 238.

<sup>1471</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 28.



que el citado principio suponía que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración. Desde esta posición inicial y tras algunas fluctuaciones (SSTC nº 177/1999, de 11 de octubre; y nº 152/2001, de 2 de julio), se dictó la STC, Pleno, nº 2/2003, de 16 de enero, en la que concluyó que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción -administrativa y penal- en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada<sup>1472</sup>.

## **VI. RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE MEDICAMENTOS**

La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, establece en el art. 3.6, la prohibición del ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de convivencia.

En consonancia con esta prohibición, la Ley recoge como infracciones graves una serie de conductas, en su art. 101, letra b), números 27<sup>a</sup> y 28<sup>a</sup>, que que son:

«27.<sup>a</sup> Ofrecer directa o indirectamente cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios, efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de los mismos, o a sus parientes y personas de su convivencia.

---

<sup>1472</sup> Con más detalle, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., págs. 334 a 370.

28.<sup>a</sup> Aceptar, los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de medicamentos con cargo al Sistema Nacional de Salud, o sus parientes y personas de su convivencia, cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos».

Como veremos a continuación, a nuestro juicio, es factible, en la actualidad, incluir en el delito de art. 286 bis CP la conducta consistente en prescribir un medicamento mediando un pago indebido. De manera que las indicadas infracciones administrativas conviven con el delito del art. 286 bis CP y se produce también la misma circunstancia que en el caso de las infracciones administrativas en materia de competencia, que debe ser resuelta aplicando lo dicho en relación con el principio de *non bis in ídem*.



## CAPÍTULO DECIMOCUARTO. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y DETERMINADOS ÁMBITOS DE ACTIVIDAD

### I. INTRODUCCIÓN

Una vez que se han estudiado los elementos del delito de corrupción entre particulares en nuestro ordenamiento, con los problemas dogmáticos e interpretativos que plantea, es preciso detenerse en su posible aplicación a determinados ámbitos de actividad, como son: i) la prescripción de medicamentos; ii) la actividad de los trabajadores autónomos; iii) la administración de comunidades de propietarios; y iv) la actividad notarial.

### II. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS

«J & J pagará 2,2 millardos de dólares en multas por comercialización de medicamentos»

*USA Today*<sup>1473</sup>

#### 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2013, en los EE. UU., la multinacional *Johnson & Johnson* aceptó pagar una multa de 2.200 millones de dólares para resolver varios procedimientos penales y civiles, derivados de denuncias de sobornos a médicos estadounidenses y comercialización indebida de tres de sus medicamentos. En síntesis lo sucedido fue que *Janssen Pharmaceuticals*, una filial de *Johnson & Johnson*, pagó diversas cantidades a los médicos para que recetaran el medicamento *Risperdal*; así como pagó sobornos a *Omnicare Inc.*, especializada en la dispensación de medicamentos a los pacientes de residencias de ancianos, para que la entidad y sus farmacéuticos promovieran el uso de *Risperdal* y otros medicamentos de *Johnson & Johnson* en las citadas residencias<sup>1474</sup>.

El ámbito sanitario y farmacéutico es un ámbito de actividad en el que son usuales gratificaciones, en efectivo o en especie, a los profesionales del

---

<sup>1473</sup> «J&J to pay \$2.2B in drug marketing penalties», *USA Today*, 5 de noviembre de 2013.

<sup>1474</sup> Con más detalle, DI MAURO, J., «Johnson & Johnson pays \$2.2 billion for U.S. kickback, off-label settlement», *The FCPA Blog*, 5 de noviembre de 2013 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2013/11/5/johnson-johnson-pays-22-billion-for-us-kickback-off-label-se.html>; consulta agosto 2015); y «Johnson & Johnson to Pay More Than \$2.2 Billion to Resolve Criminal and Civil Investigations», 4 de noviembre de 2013 (disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/johnson-johnson-pay-more-22-billion-resolve-criminal-and-civil-investigations>; consulta agosto 2015).

ramo. Así, en EE. UU., las compañías farmacéuticas van haciendo públicos los datos sobre pagos y gratificaciones a profesionales de distintas ramas de la medicina. A tal efecto, de las cifras reconocidas por sólo 7<sup>1475</sup> de las 70 empresas que operan en los EE. UU., se deduce que han efectuado pagos por un total de 282 millones de dólares entre los años 2009 y 2010<sup>1476</sup>. Por otra parte, estudios basados en encuestas a profesionales de medicina interna, medicina familiar y pediatría y especialistas en cardiología, cirugía general, psiquiatría y anestesiología, indican que un 83,8% de los profesionales citados han tenido alguna relación de este tipo con la industria farmacéutica<sup>1477</sup>. Dada la frecuencia de estos incentivos se han desarrollado iniciativas para ganar transparencia en esta materia, mediante la publicación de datos al respecto; iniciativas tanto de carácter privado<sup>1478</sup> como público<sup>1479</sup>.

Hechos similares a los descritos, esto es, que un médico reciba dinero, regalos, atenciones de hospitalidad, etc., de una empresa farmacéutica para que prescriba sus medicamentos a los pacientes que atiende, deben ser observados a la luz del delito de corrupción privada del art. 286 bis CP, para determinar si, con su configuración actual, es aplicable o no.

Como antecedentes a la introducción del delito en nuestro ordenamiento, contamos con la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que indica en su art. 3.6:

---

<sup>1475</sup> Son las siguientes: AstraZeneca, Cephalon, GlaxoSmithKline, Eli Lilly, Johnson & Johnson, Merck y Pfizer (datos disponibles en <http://www.propublica.org/article/about-our-pharma-data>).

<sup>1476</sup> Datos extraídos de <http://www.propublica.org/article/pharma-payments-to-doctors-with-sanctions>.

<sup>1477</sup> Concretamente, el 63,8% recibió muestras de medicamentos; el 70,6%, de alimentos y bebidas; el 18,3%, recibió cantidades de dinero; y el 14,1%, pagos por servicios profesionales. Al respecto, véase CAMPBELL, E. G., RAO, S. R., DES ROCHES, C. M., IEZZONI, L. I., VOGELI, C., BOLCIC-JANKOVIC, D. y MIRALLES, P. D., «Physician professionalism and changes in physician-industry relationships from 2004 to 2009», *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, nº 20, noviembre 2010, págs. 1820 a 1826.

Estudios sobre la materia de ámbito internacional y europeo son, respectivamente: *La lucha contra la corrupción en el sector de la salud: métodos, herramientas y buenas prácticas*, elaborado, en 2011, por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; y *Study on Corruption in the Healthcare Sector*, elaborado, en 2013, por la Comisión Europea.

<sup>1478</sup> Por ejemplo, la página web <http://www.propublica.org>, cuenta con una base de datos denominada *Dollars for Doctors* (<http://www.propublica.org/series/dollars-for-docs>), en la que se recogen los detalles de los pagos que las compañías farmacéuticas realizan a los médicos y otros profesionales de la salud para promoción, investigación y consultoría. En tal base, se contienen datos de aproximadamente 4.000 millones de dólares en pagos a médicos, otros proveedores de servicios médicos e instituciones de salud, que se han dado a conocer por empresas farmacéuticas y sus subsidiarias desde el año 2009.

<sup>1479</sup> En este caso, se trata de *Open Payments Data* (<https://openpaymentsdata.cms.gov/about>), que es un programa federal de EE.UU. que recoge anualmente y publica información acerca de las relaciones financieras entre la industria farmacéutica y los médicos y hospitales.

«A efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación, y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de convivencia. Esta prohibición será asimismo de aplicación cuando el ofrecimiento se realice a profesionales sanitarios que prescriban productos sanitarios. Se exceptúan de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia. Estos podrán alcanzar hasta un máximo de un 10% para los medicamentos financiados con cargo al Sistema Nacional de Salud, siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la correspondiente factura».

En consonancia con esta prohibición, la Ley recoge como infracciones graves una serie de conductas, en su art. 101, letra b), números 27<sup>a</sup> y 28<sup>a</sup>, que son las siguientes:

«27.<sup>a</sup> Ofrecer directa o indirectamente cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios, efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de los mismos, o a sus parientes y personas de su convivencia.

28.<sup>a</sup> Aceptar, los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de medicamentos con cargo al Sistema Nacional de Salud, o sus parientes y personas de su convivencia, cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos».

Estas infracciones graves se castigan con la sanciones previstas en el art. 102 de la Ley 29/2006, de 26 de julio -especialmente con la pena de multa-.

A estas infracciones hace mención la STS, Sala 2ª, nº 2052/2001, de 7 de noviembre (que ha sido citada con anterioridad). Resuelve sobre un supuesto de delito de cohecho, consistente en que el administrador único de un laboratorio farmacéutico, al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal laboratorio, y básicamente de dos de los fármacos elaborados, decidió incentivar a numerosos facultativos para que recetasen los mismos, abonándoles los gastos de estancias en congresos médicos, así como diversas cantidades de dinero por hacer un seguimiento farmacológico de los productos mencionados. La citada resolución indica:

«En consecuencia el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos, por parte del recurrente como administrador único de un laboratorio farmacéutico, y por tanto con interés directo en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a un médico encargado de su prescripción, constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el art. 108.16 de la Ley del Medicamento<sup>1480</sup>. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas».

Por tanto, dado el momento en el que esta sentencia se dicta, consideró que la realización de sobornos a un médico que es funcionario público suponía un delito de cohecho, pero si el soborno se refería a profesionales privados se debía aplicar la legislación sectorial sancionatoria.

Al contar ahora con un tipo penal que castiga la corrupción privada, podemos plantear las siguientes cuestiones: i) si el médico como profesional privado puede ser sujeto activo del delito de corrupción privada; ii) si al recibir un pago indebido por prescribir medicamentos a los pacientes se da o no la

---

<sup>1480</sup> Se refiere al art. 108.2.16ª de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que contemplaba, como infracción leve, el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios efectuados, por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

conducta típica recogida en el art. 286 bis CP; y iii) si sería posible apreciar un error de prohibición.

## 2. LÓS MÉDICOS COMO SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA

La regla de partida es la siguiente: si el médico es un funcionario público y actúa como tal, la normativa aplicable es la del cohecho, pero si el médico es un profesional privado o que actúa en funciones privadas (por ejemplo, está vinculado con una compañía privada de seguros de salud y atiende a los pacientes que han decidido contar con sus servicios), la normativa aplicable podría ser la del art. 286 bis CP<sup>1481</sup>. Habrá que determinar en consecuencia si el médico como profesional privado se encuadra en alguna de las categorías de sujetos activos del delito de corrupción privada pasiva.

Hemos visto con anterioridad que la cuestión se planteó en Alemania, en el denominado «caso Ratiopharm», dando lugar a una sentencia del *BGH*, de 23 de febrero de 2012<sup>1482</sup>. La misma consideró que el médico en estos casos no actúa como un funcionario público, ni puede entenderse que sea un «encargado» de la compañía de seguros en el sentido del § 299 *StGB*. El *BGH* consideró que en un sistema contractual de atención médica, el médico no recibe por medio de su contrato individual ninguna tarea propia de la Administración Pública<sup>1483</sup>. Así como que la relación entre asegurado y médico está determinada, esencialmente, por elementos de confianza personal y libertad del asegurado; y que la forma y duración del tratamiento resultan en cada caso de una relación personal entre el paciente y el médico. Estas condiciones alejan la relación entre ambos de la propia de un sistema público, por lo que el médico no puede ser tratado como un empleado de tal naturaleza<sup>1484</sup>. Tampoco puede ser castigado conforme al § 299 *StGB*, porque ni el contrato con la compañía de seguros ni el contrato con el médico son los elementos decisivos para influir en la aparición de una relación de tratamiento individual, sino que tal decisión recae en el paciente, que puede elegir libremente a su médico. Si al médico lo elige el paciente y aquél actúa fundamentalmente en interés de éste y no de la compañía de seguros, entonces

---

<sup>1481</sup> Esta distinción, aparentemente sencilla, puede complicarse, por ejemplo, si al médico de una entidad privada la Administración le deriva pacientes de la sanidad pública; NIETO MARTÍN, A., «La privatización...», ob. cit., pág. 201. Lo mismo sucede si se trata de hospitales públicos que se explotan en régimen de concesión por empresas privadas.

<sup>1482</sup> *BGH GSSt* 2/11 (disponible en <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/11/gs-2-11.php>; consulta agosto de 2015).

<sup>1483</sup> *Gründe* III, 1, b).

<sup>1484</sup> *Gründe* III, 2, b), aa).



no puede ser considerado «encargado» de ella, a los efectos de aplicar el § 299 StGB<sup>1485</sup>.

En el caso del art. 286 bis CP, no cabe duda de que si el médico es el directivo, administrador o empleado de la entidad de seguros de salud o de un hospital privado, puede ser considerado sujeto activo. Para el caso de que no reúna alguna de estas condiciones, entonces habrá que determinar si por el sólo hecho de atender a pacientes que han contratado un seguro privado de salud con una entidad, el médico puede ser considerado «colaborador» de la misma.

A nuestro juicio, sí puede ser considerado como colaborador, en la medida en que la amplitud de este concepto lo permite<sup>1486</sup> y reúne las condiciones que hemos señalado anteriormente, al estudiar esta categoría de sujeto activo en la modalidad pasiva del delito: i) es «personal externo» a la entidad, porque carece de vínculo laboral, de apoderamiento o de representación con la entidad (que es la compañía de seguros de salud); ii) existe una relación entre el médico y la entidad, concretamente de prestación de servicios remunerados y con cierta estabilidad; iii) el médico tiene influencia en el marco de la contratación de bienes, al prescribir el medicamento<sup>1487</sup>.

### **3. LA PRESCRIPCIÓN DE MEDICAMENTOS Y LA CONDUCTA TÍPICA**

#### **1. Introducción**

La prescripción de un medicamento es un proceso clínico, realizado por un médico, en el que decide -previo diagnóstico y de manera individualizada para cada paciente-, qué medicamento se debe administrar al mismo. Ese proceso se refleja en la expendición de un documento (receta médica) para la dispensación del medicamento por parte de un farmacéutico<sup>1488</sup>.

---

<sup>1485</sup> *Gründe* IV, 2, b), bb).

<sup>1486</sup> Téngase en cuenta que, en el caso de Alemania, el tipo penal habla del «encargado», que es un concepto con un significado más restrictivo que el de «colaborador».

<sup>1487</sup> Sobre este elemento, con más detalle, trataremos a continuación en el marco de la conducta típica. En este momento, sólo hacemos mención a él como condición que define al sujeto activo.

<sup>1488</sup> En esta definición se utilizan conceptos con pretensión de generalidad, para facilitar la exposición de la cuestión. Téngase en cuenta, en todo caso, lo que dispone el artículo 77, números 1 y 10, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios:

«1. La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y

La prescripción de medicamentos es una decisión médica, en la que *a priori* no deben pesar factores económicos o comerciales, por lo que reúne matices que la diferencian sustancialmente de otras actuaciones en las que un médico también tenga que tomar una decisión sobre un medicamento. Por ejemplo, en el caso de un médico, que tiene una relación laboral o de servicios con un hospital privado, es la persona autorizada para adoptar una decisión sobre adquisición de material médico o quirúrgico o medicamentos que el propio hospital va a utilizar en el tratamiento de sus pacientes, de manera que recibe el pago de una compañía farmacéutica para que el hospital adquiriera sus productos o medicamentos. Estamos ante una decisión comercial basada en diversos criterios, entre los que se encuentran criterios puramente económicos y también criterios médicos de adecuación de los productos o medicamentos adquiridos a las necesidades del hospital y sus pacientes.

Antes decíamos que, al prescribir un medicamento, no deben pesar factores económicos o comerciales y añadíamos que ello es así *a priori*, porque sí hay un único factor económico que puede ser tenido en cuenta: es el relativo al denominado «uso racional» de los medicamentos. Tal «uso racional» se define por la Organización Mundial de la Salud, de la siguiente manera<sup>1489</sup>:

«Los pacientes deben recibir la medicación adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis correspondientes a sus requisitos individuales, durante un período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad».

Es decir, el único elemento económico que debe ponderarse está referido al aspecto del ahorro individual y colectivo<sup>1490</sup>. La presencia de

---

los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación. Los fisioterapeutas también podrán indicar, usar y autorizar, de forma autónoma la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios relacionados con el ejercicio de su profesión, mediante orden de dispensación.

(...) 10. Lo dispuesto en este artículo será asimismo de aplicación a la receta veterinaria, en cuyo caso las referencias al médico y odontólogo se entenderán hechas al veterinario».

Por tanto, lo indicado en este punto de este trabajo es aplicable a médicos, odontólogos, podólogos, enfermeros, fisioterapeutas y veterinarios, tanto en la prescripción de medicamentos como en la dispensación de medicamentos y de productos sanitarios; ya sea mediante receta u orden de dispensación.

<sup>1489</sup> «Promoción del uso racional de medicamentos: componentes centrales», *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, nº 5, septiembre de 2002, Organización Mundial de la Salud, Ginebra (disponible en <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4874s/s4874s.pdf>; consulta agosto de 2015), pág. 1.

<sup>1490</sup> Con más detalle, *Guía de la buena prescripción*, OMS, 1998; y BAOS VICENTE, V., «La calidad en la prescripción de medicamentos», *Información Terapéutica del Sistema Nacional de Salud*, vol. 23, nº 2, 1999, págs. 45 a 54, *passim*.

cualquier otro tipo de circunstancia, incentivo o aliciente de carácter económico debe ser excluida de plano<sup>1491</sup>.

En relación con la prescripción de medicamentos, así definida, es decir, como decisión eminentemente médica<sup>1492</sup>, se plantean los principales problemas en relación con la conducta típica del delito, sobre los que la doctrina penalista no se ha centrado en demasía.

NIETO MARTÍN se limita a afirmar que el delito de corrupción privada «nos permite encontrar una sanción en el caso de que una empresa farmacéutica lo haya sobornado [al médico] para que prescriba sus medicamentos»<sup>1493</sup>.

Por otra parte, BACIGALUPO<sup>1494</sup> pone el ejemplo siguiente, al hilo de la discusión en Alemania sobre la consideración del médico como «encargado»:

«(...) supongamos que un médico, contractualmente vinculado a un hospital, recibe una ventaja especial ofrecida por los empleados de un laboratorio, para que recete determinada marca de un medicamento, del que se ofrecen en el mercado otros de las mismas propiedades pero producidos por distintos laboratorios. Como consecuencia el hospital comprará el medicamento de la marca recetada por el médico con preferencia a las otras, que se verán perjudicadas en su competitividad»<sup>1495</sup>.

---

<sup>1491</sup> Esta consideración no sólo surge de manera palmaria de la *lex artis* que rige la actividad médica; sino también de preceptos legales como el art. 3.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que indica: «Sin perjuicio de las incompatibilidades establecidas para el ejercicio de actividades públicas, el ejercicio clínico de la medicina, de la odontología y de la veterinaria y otras profesiones sanitarias con facultad para prescribir o indicar la dispensación de los medicamentos será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración, distribución y comercialización de los medicamentos y productos sanitarios (...)».

<sup>1492</sup> Téngase en cuenta que también se pueden citar otras decisiones eminentemente médicas en las que pueden mediar pagos indebidos. Es el caso de la remisión de un paciente por parte de un médico a un especialista, mediando un pago indebido. Esta es una práctica que se denomina *fee splitting*, de manera que en ella los pacientes no se remiten al especialista que se considere más adecuado, sino a aquel con el que se ha pactado un reparto de honorarios o el pago de un comisión. Esta práctica ya fue descrita por SUTHERLAND, indicando que, a causa de ella, el médico envía a un paciente al especialista que le proporciona el mayor beneficio, en lugar de al especialista «que va a hacer mejor su trabajo» (SUTHERLAND, E. H., «White-Collar...», ob. cit., pág. 3). Con más detalle, PAULY, M. V., «The Ethics and Economics of Kickbacks and Fee Splitting», *The Bell Journal of Economics*, vol. 10, nº 1, primavera 1979, págs. 344 a 352, *passim*.

<sup>1493</sup> NIETO MARTÍN, A., «La privatización...», ob. cit., pág. 201.

<sup>1494</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 160.

<sup>1495</sup> Este ejemplo es trasladable al supuesto que nos ocupa, porque puede tratarse de un médico, vinculado a un hospital o a una compañía de seguros, que recibe una ventaja especial ofrecida por los empleados de un laboratorio para que recete determinada marca de un

Sobre esta situación, el citado autor<sup>1496</sup> entiende que es discutible que el médico actúe en «la adquisición de mercancías», ya que sólo indirectamente su acción puede influir en las decisiones de los que en el hospital tienen competencia para comprar medicamentos. Añade que, en consecuencia se debería reflexionar sobre si la actuación en la adquisición de mercancías debe ser directa. A su juicio, desde el punto de vista de la protección de la competencia la cuestión parece clara: también la incidencia indirecta en las decisiones de compras mediante ventajas no justificadas debería ser típicamente relevante, pues limita la posibilidad de competir sólo sobre la base de la calidad y el precio. Pero considera que la cuestión, en todo caso, puede ofrecer alguna duda desde el punto de vista de la exigencia de *lex stricta* (art. 25.1 CE), aunque finaliza diciendo que «probablemente en este terreno los obstáculos no sean insalvables»<sup>1497</sup>.

Lo cierto es que podemos encontrar argumentos a favor y en contra de subsumir esta clase de conductas en el delito del art. 286 bis CP.

## **2. Argumentos en contra de la subsunción**

Los argumentos contrarios a la subsunción provienen de lo que podríamos considerar el entendimiento usual o tradicional del delito de corrupción privada y de las relaciones que se ven implicadas en el mismo. Conforme a ese entendimiento, el delito trata de evitar que las decisiones empresariales se vean condicionadas por la entrega de incentivos a las personas físicas que, dentro de las empresas, tengan capacidad propositiva o decisoria<sup>1498</sup>.

En consecuencia, el delito se estructura de la siguiente manera:

1) Relación entre la empresa y el sujeto dependiente o subordinado (la llamaremos «Relación de asociación»).

Esta es la primera relación presente en el tipo penal: la que une a la empresa (la llamaremos «Empresa E») con su directivo, administrador, empleado o colaborador (le llamaremos «Persona A»). Tal relación es la que implica que la Persona A tenga alguna competencia (propositiva o decisoria) en

---

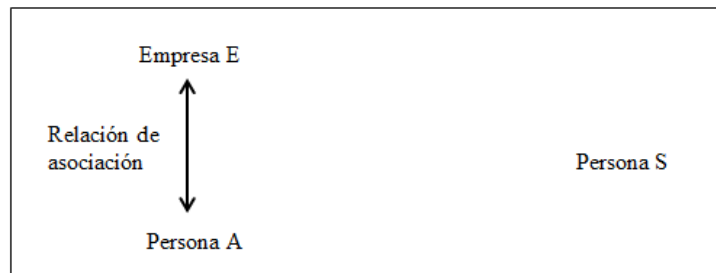
medicamento a sus pacientes y, como consecuencia de ello, éstos comprarán el medicamento de la marca recetada por el médico con preferencia sobre las otras.

<sup>1496</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 160 y 161.

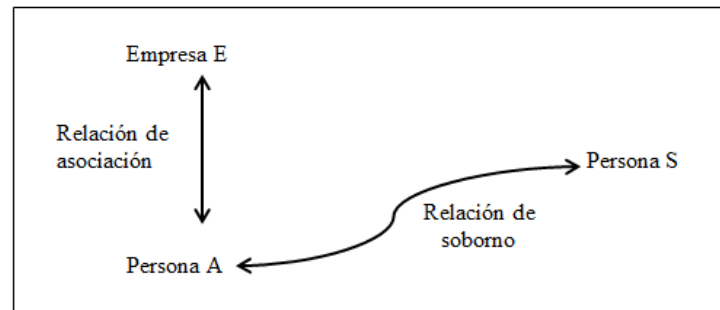
<sup>1497</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1498</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Pueden los notarios pagar comisiones...», ob. cit., pág. 196.

el proceso de contratación de bienes o servicios de la empresa de que se trate. Esa relación es «observada» por un tercero (lo llamaremos «Persona S»), que evalúa si hacer o no un pago a la Persona A.

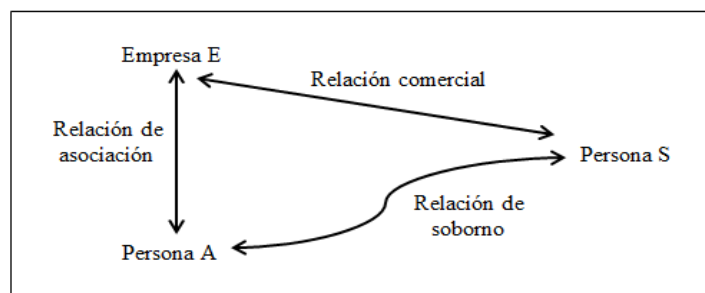


2) Relación entre el sujeto dependiente o subordinado y el tercero que decide pagar (la llamaremos «Relación de soborno»).



Cuando el tercero decide el pago, toma en cuenta la relación que une al sujeto dependiente o subordinado con su empresa, ya que es la que define su posición en la entidad y el alcance de su capacidad para tomar la decisión en su favor. Si el pago se produce, surge una segunda relación entre ellos, a causa de este hecho.

3) Relación entre la empresa y el tercero que decide sobornar o no (la llamaremos «Relación comercial»).

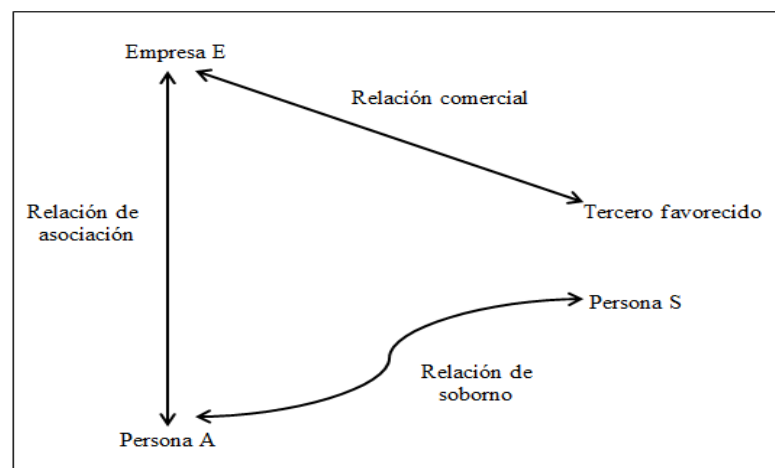


A causa del pago, el sujeto dependiente o subordinado a su empresa toma una decisión en favor del tercero que le paga. Esa decisión enlaza a la entidad con el tercero, ya que se toma en nombre o por cuenta de la misma (es,

por tanto, una decisión de la propia entidad), y por medio de ella procede a la adquisición del bien o servicio a ese tercero.

Conforme a esta estructura, el delito: i) sería un delito «a tres bandas», porque hay tres sujetos implicados: la «Empresa E», la «Persona A» y la «Persona S»; y ii) en torno a las que orbitan tres relaciones: «Relación de asociación», «Relación de soborno» y «Relación comercial».

Es factible, dada la redacción del tipo, una variación de este esquema, que se producirá cuando el sujeto del delito no favorece a quien le paga, sino que el favorecimiento se produce respecto a un tercero. En este caso, se añade un cuarto sujeto (el tercero favorecido), pero las relaciones siguen siendo las tres indicadas.



La prescripción de medicamentos por precio no obedece a este esquema. Sino que se basa en el siguiente:

1) Sigue existiendo la relación entre la empresa y el sujeto dependiente o subordinado («Relación de asociación»), en las mismas condiciones que las descritas. En ella, la empresa es una entidad de seguros de salud privada o un hospital privado y el sujeto dependiente o subordinado es un médico.

2) También sigue existiendo la relación entre el sujeto dependiente o subordinado y el tercero que decide pagar («Relación de soborno»), en las mismas condiciones que las descritas. En ella, el tercero es una empresa farmacéutica o de productos sanitarios

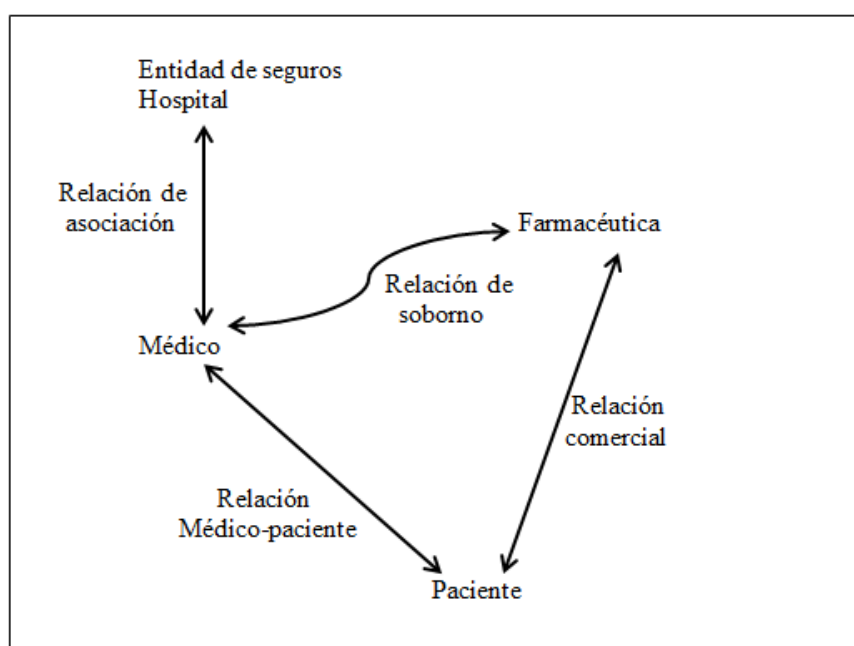
3) Se añade una nueva relación, que es la que une al médico con el paciente.

En tal relación, ajena a las otras dos anteriores, el médico prescribe el medicamento, a causa del pago indebido.

4) Finalmente, hay presente una «Relación comercial», pero entre distintos actores que en el supuesto anterior.

Cuando el médico prescribe el medicamento, toma una decisión en favor del tercero que le paga, pero esa decisión no enlaza a la entidad para la que presta sus servicios con la empresa farmacéutica; sino que enlaza al paciente con dicha empresa. La relación comercial no surge entre una entidad que procede a la venta del bien o servicio al tercero que paga, sino que esa relación surge entre el destinatario del fármaco (el paciente) y el tercero que paga (la farmacéutica). Es el paciente el que, a continuación de la prescripción del fármaco, toma la «decisión comercial».

Conforme a esta estructura, el delito sería un delito «a cuatro bandas» con cuatro relaciones, como las descritas<sup>1499</sup>.



La diferencia esencial reside en la que se ha denominado «Relación comercial». La misma no surge a causa de la decisión del médico, sino que la decisión final de entablarla o no es del propio paciente, que puede acudir o no a adquirir el fármaco (contando con la receta del médico). Desde esta perspectiva

<sup>1499</sup> Sucede lo mismo en el caso en el que un director o jefe de estudios de un centro educativo percibe un soborno de una editorial, para que elija sus libros de texto y deseche los de otras editoriales, de modo que los libros sean finalmente adquiridos por los alumnos del centro.

el médico no cometería un delito de corrupción privada, porque: i) al prescribir el medicamento, no toma una decisión final en nombre o por cuenta de su empresa; ii) al prescribir el medicamento, su decisión no vincula a esa empresa con el tercero que le soborna; y iii) al prescribir el medicamento, el médico se limita a «poner las condiciones» para que el paciente decida si, efectivamente, adquiere el fármaco a la entidad que le paga.

Estos elementos, especialmente el hecho de que el paciente tome la decisión final al respecto, impiden la concurrencia la apreciación del delito. Si después de la acción del médico existe un margen de libertad y discrecionalidad de un tercero (el paciente) para tomar la «decisión comercial», no se puede decir que el médico haya actuado «como contraprestación para favorecer» al sujeto que le soborna, sino que, a lo sumo, habría actuado como contraprestación «para poner a otro en condiciones de favorecer» al sujeto que le soborna<sup>1500</sup>. Vendría a ser una especie de «tráfico de influencias»: la farmacéutica realiza un pago al médico a fin de que este, con la prescripción del medicamento, influya en el paciente para que tome la decisión final de favorecer a dicha compañía.

### **3. Argumentos a favor de la subsunción**

Los argumentos a favor surgen de la redacción típica del precepto que, con independencia de su interpretación, permiten la inclusión de la conducta de prescribir un medicamento por precio. Si la redacción típica castiga al sujeto asociado a una empresa que recibe un pago indebido de un tercero, como contraprestación para que le favorezca a él o a otro en la adquisición o venta de mercancías, todos estos elementos se dan en la conducta descrita:

1) El médico es un sujeto asociado a una empresa (la entidad de seguros o el hospital privado). El tipo sólo exige la existencia de un vínculo con una empresa, nada más.

2) El médico recibe un pago por parte de un tercero.

3) Al prescribir el medicamento, favorece al sujeto que le paga. El tipo sólo exige que el pago se entregue como «contraprestación para favorecer». Este es el elemento relevante en esta construcción a favor de la punición de la conducta.

---

<sup>1500</sup> A lo más que se podría llegar con esta concepción sería posiblemente a una actuación en tentativa.



En relación con el mismo cabe decir, en primer lugar, que la actuación para favorecer no debe ser necesariamente directa, sino que puede ser indirecta. Ambas posibilidades deben quedar cubiertas por el tipo, ya que inciden en la competencia leal de la misma manera: introducen un factor espurio en las decisiones comerciales (el pago indebido), cuando tales decisiones deben conformarse sin hallarse viciadas por tal tipo de elementos ajenos a los factores a tener en cuenta (especialmente la calidad y precio de los bienes)<sup>1501</sup>.

En segundo lugar, cabe señalar que si el tipo sólo exige que se actúe para favorecer, nada en su redacción indica que haya de ser la empresa para la que el sujeto actúa la que finalmente tenga que tomar una decisión efectiva de favorecimiento (será lo usual, pero no es necesario). Si esa decisión comercial se toma por un tercero (el paciente) también es factible que concurra el delito.

El argumento de la discrecionalidad y libertad del paciente, como argumento contrario a la punición, pierde peso si se tiene en cuenta que su proceso de toma de decisión está conformado sobre bases erróneas o espurias (ha mediado un pago indebido) y, además, se basa en una previa decisión de un facultativo de prescribirle un medicamento que se considera el más adecuado para la enfermedad o dolencia que padece. Este elemento tiene especial peso en su «decisión comercial», por lo que en realidad ésta no es una decisión libre, sino claramente condicionada. Entonces sí se puede decir que el médico ha actuado «como contraprestación para favorecer» al sujeto que le soborna, porque ha actuado como contraprestación «para poner a otro (el paciente) en una situación en la que no le queda otro remedio que favorecer».

Otro argumento surge tras la reforma del art. 286 bis CP por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Hemos reiterado que la misma elimina el elemento típico del «incumplimiento de obligaciones». Si se ha retirado del precepto cualquier mención a una necesidad de actuar quebrantando los deberes de lealtad que unen al sujeto del delito con su principal, ello tiene trascendencia en este ámbito, porque el receptor del beneficio o ventaja no tiene ahora por qué ser quien asume la función de contratar en nombre o por cuenta de la empresa. Esta interpretación podría ser necesaria con la redacción anterior del tipo penal, pero ahora el sujeto idóneo sobornable es quien tiene simplemente capacidad para favorecer a otro en la contratación de servicios o en la adquisición y venta de mercancías<sup>1502</sup>.

---

<sup>1501</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>1502</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., págs. 571 y 572.

Ello es así en el caso del médico que prescribe un fármaco: con esa actuación ni asume ni ejerce una función de contratar en nombre o por cuenta de la empresa de seguros o el hospital privado; pero al prescribir el fármaco sí asume y ejerce una aptitud para favorecer a otro (la farmacéutica) en la adquisición y venta de mercancías (que es precisamente lo único que el tipo exige). Si a cambio de ello ha percibido previamente un pago indebido, cabe aplicar el delito de corrupción privada.

Conforme con esta interpretación, la exigencia típica de una relación de subordinación o dependencia con el principal no juega su papel más que en un espacio determinado: la consideración de que el delito no se puede cometer por parte del propio empresario, por lo que se requiere que el autor tenga determinadas condiciones. No tiene otro efecto, especialmente no tiene el efecto de que sea necesario que el principal asuma los efectos de la «decisión comercial» tomada por su subordinado<sup>1503</sup>.

#### 4. Toma de postura

A nuestro juicio, la redacción del art. 286 bis CP, especialmente desde la reforma de 2015, permitiría incluir en el delito de corrupción privada la conducta del médico que percibe un pago indebido de una empresa del sector para que prescriba sus medicamentos, conforme a las consideraciones anteriormente expuestas.

En todo caso, esta cuestión tiene tratamiento legal expreso en otros países de nuestro entorno. Es el caso de Italia, en el que estas conductas reciben el nombre de *comparaggio* y son consideradas delito desde 1934<sup>1504</sup>. Actualmente, se castigan en el *Código del farmaco*<sup>1505</sup>, aprobado en el año 2006. Concretamente, el art. 123 del citado texto legal señala:

«Art. 123. Concesión o promesa de recompensas o beneficios en efectivo o en especie.

---

<sup>1503</sup> Nótese que con esta interpretación no podría considerarse delito la actuación del médico privado que ofrece sus servicios a los pacientes, sin intermediación alguna de entidad de seguros u hospital privado, y recibe un pago de una farmacéutica para que prescriba sus medicamentos. Al no ser administrador, directivo, empleado o colaborador de ente alguno, nunca podría ser sujeto activo del delito.

<sup>1504</sup> El delito se recogía en los artículos 170 a 172 del *Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265. Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie*.

<sup>1505</sup> *Decreto Legislativo 24 aprile 2006, n. 219. Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE*.

1. En el marco de la información y la presentación de medicamentos a los médicos o farmacéuticos, está prohibido conceder, ofrecer o prometer premios, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, a menos que sean de valor insignificante y estén relacionadas con la actividad realizada por el médico o farmacéutico.

2. El material informativo de consulta científica o de trabajo, no relacionado específicamente con los medicamentos, se podrá vender de forma gratuita para los centros públicos de salud exclusivamente.

3. Los médicos o farmacéuticos no podrán solicitar o aceptar ninguno de los incentivos prohibidos en virtud del número 1».

A su vez, el artículo 147.5 de la ley determina las penas a imponer, de la siguiente manera:

«Cualquier persona que, con infracción del artículo 123, número 1, conceda, ofrezca o prometa recompensas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, será castigado con pena de prisión de hasta un año y multa de cuatrocientos euros a mil euros. Las mismas penas se aplicarán al médico o farmacéutico que, con infracción del artículo 123, número 3, solicite o acepte incentivos prohibidos. La condena supondrá el ejercicio de la profesión por un período de tiempo igual al de la duración de la pena impuesta. En caso de infracción del número 2 del artículo 123, se impondrá una multa de cuatrocientos euros a mil euros».

Como se observa, el tratamiento de estas conductas no guarda relación alguna con una posible vulneración de la competencia leal y se circunscriben a la protección de la salud<sup>1506</sup>.

Igualmente, como ya indicamos, en Alemania está en trámite una reforma del *StGB* para incluir este tipo de conductas en el ámbito de la corrupción entre particulares. Las consecuencias de la sentencia del *BGH* sobre el «caso Ratiopharm» han planteado la necesidad de una tipificación de manera específica. Así, a inicios de 2015, el Gobierno federal presentó un proyecto de ley regulando la corrupción activa y pasiva en el sector sanitario. En el estado

---

<sup>1506</sup> Sobre este delito, MANNOZZI G., «Corruzione e salute dei cittadini: le nuove dinamiche del "comparaggio" farmaceutico», en BERTOLINO, M., FORTI, G. y EUSEBI, L. (Editores), *Studi in onore di Mario Romano*, Giuffrè, Milano, 2011, págs. 1585 a 1620, *passim*.

actual de tramitación<sup>1507</sup>, la reforma supondría la introducción de un nuevo § 299a *StGB*, para castigar las conductas de corrupción pasiva y un nuevo § 299b *StGB*, para hacer lo propio con las conductas de corrupción activa.

Mediante esta reforma se pretende castigar las conductas de corrupción relacionadas con las personas que sean miembros de una profesión sanitaria y se desarrollen en el ámbito de la compra, prescripción, administración o dispensa de medicamentos, remedios terapéuticos, aparatos o dispositivos médicos o material de ensayo<sup>1508</sup>. El acento del delito se pone en el incumplimiento de sus deberes profesionales, entre ellos el de independencia; incumplimiento reflejado en el hecho de prescribir un medicamento, cuando en tal decisión media un factor espurio, como es la recepción de un pago por ello. Las penas previstas son la pena privativa de la libertad hasta 3 años o multa.

#### **4. EL ERROR DE PROHIBICIÓN**

##### **1. Introducción**

Como hemos indicado al tratar la culpabilidad, en el ámbito sanitario y farmacéutico puede jugar un cierto papel el error de prohibición. Bien porque el profesional médico actué sin ser consciente de que el soborno entre privados es un hecho prohibido por la ley penal o porque, aunque conozca la norma, considere que tal prohibición no le alcanza, al ser usuales las gratificaciones, en efectivo o en especie, en su entorno profesional.

Como ya dijimos, concurren factores que harán especialmente complicado apreciar un error de prohibición en este ámbito.

El primero, es que la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, castiga estas conductas como infracción administrativa, como ya se ha explicado con anterioridad. El segundo factor a tener en cuenta es que el propio sector se ha dotado de normas de conducta sobre el particular.

---

<sup>1507</sup> *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen* (véase Bundesrat Drucksache 16/15 - 15.01.15).

<sup>1508</sup> Con más detalle, véase REHMANN, W. y HEIMHALT, D., «Bribery Act - Germany gets ready for stricter criminal laws», *TaylorWessing* (disponible en <http://www.taylorwessing.com/synapse/march15.html>; consulta agosto de 2015). También, *Positionen des GKV-Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012*, Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 17(14)0339, que se muestra favorable con la reforma proyectada.

## 2. Normas de conducta del sector

En efecto, Farmaindustria elaboró un código de actuación en el año 2014<sup>1509</sup>: se trata del *Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica*<sup>1510</sup>. Este código regula, con minuciosidad, materias que están directamente relacionadas con la materia que nos ocupa, como son los incentivos, primas u obsequios o los eventos que sean organizados o patrocinados por una compañía farmacéutica o bajo su control.

### 2.1. Incentivos, primas u obsequios

En cuanto a los incentivos, primas u obsequios<sup>1511</sup>, las reglas que contiene son las siguientes:

#### 1) Prohibición de obsequios.

El principio general es que, con el fin de evitar que se incentive la prescripción, dispensación o administración de medicamentos de prescripción, se prohíbe el ofrecimiento o la entrega directa o indirecta a profesionales sanitarios de cualquier tipo de incentivo, prima u obsequio (en efectivo o en especie).

Si bien, se exceptúa de la anterior prohibición el ofrecimiento o la entrega directa o indirecta de utensilios de uso profesional en la práctica médica o farmacéutica o artículos de escritorio, que cumplan las dos condiciones siguientes: i) no se encuentren relacionados con un medicamento de prescripción: y ii) su precio de mercado no supere los 10 euros.

2) Materiales formativos o informativos y artículos de utilidad médica. Las reglas que señala son las siguientes:

2.1) La entrega de materiales formativos o informativos estará permitida siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: i) sean

---

<sup>1509</sup> Como ya hemos indicado, este código de 2014 es el resultado de la evolución de otras regulaciones anteriores, desde que, en 1991, Farmaindustria adoptara el Código Europeo de Buenas Prácticas para la Promoción de los Medicamentos, aprobado por la Federación Europea de las Asociaciones de la Industria Farmacéutica (EFPIA), hasta el inmediato precedente al código de 2014, que era el *Código Español de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios* (disponible en [http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma\\_1067.pdf](http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma_1067.pdf)), adoptado en el año 2010.

<sup>1510</sup> Disponible en <http://www.seh-lelha.org/pdf/CodigoBuenasPracticas2014.pdf>.

<sup>1511</sup> *Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., págs. 17 y 18.

materiales de escaso valor (a estos efectos, se considera que el material es de escaso valor cuando su precio de mercado no supere los 60 euros); ii) sean materiales directamente relacionados con el ejercicio de la medicina o la farmacia; y iii) sean materiales que directamente beneficien el cuidado o atención de los pacientes.

Pero la entrega de este tipo de materiales no podrá constituir un incentivo para la recomendación, compra, suministro, venta o administración de medicamentos.

2.2) Los artículos de utilidad médica dirigidos a la formación de los profesionales sanitarios y el cuidado y atención de los pacientes, podrán ser entregados siempre que sean de escaso valor (su precio de mercado no supere los 60 euros) y no alteren la práctica profesional habitual de su destinatario<sup>1512</sup>.

## **2.2. Eventos relacionados con una compañía farmacéutica**

El código define este concepto como toda reunión promocional, científico-profesional, congreso, conferencias, simposio, jornada, cursos de formación presencial o a distancia, o cualquier otro tipo de actividad similar que sean organizadas o patrocinadas por una compañía farmacéutica o bajo su control<sup>1513</sup>.

En cuanto a estos eventos organizados o patrocinados por una compañía farmacéutica o bajo su control, el código contiene numerosas reglas<sup>1514</sup>, entre las que cabe destacar las siguientes:

1) Los laboratorios farmacéuticos podrán organizar o colaborar en eventos de carácter exclusivamente científico-profesional, pero no está

---

<sup>1512</sup> En lo que se refiere a materiales formativos o informativos y artículos de utilidad médica, está permitida la entrega a profesionales sanitarios de materiales impresos utilizados para promocionar y proporcionar información relacionada con la práctica médica y con los medicamentos, separatas de artículos científicos o materiales formativos entregados al profesional sanitario para su utilización con los pacientes. Excepcionalmente, se permite la entrega de memorias externas que tengan contenido de carácter científico-profesional de tipo promocional, informativo o formativo, siempre que su precio de mercado no supere los 10 euros (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., págs. 17 a 18).

<sup>1513</sup> Incluyendo, a título enunciativo que no limitativo, reuniones de expertos, visitas a plantas de fabricación e instalaciones de investigación, así como reuniones formativas, de investigadores relacionadas con la realización de ensayos clínicos y estudios posautorización (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 6).

<sup>1514</sup> *Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., págs. 18 a 21.

permitido organizar o colaborar en eventos que contengan elementos o actividades de entretenimiento o de carácter lúdico<sup>1515</sup>.

2) La hospitalidad en manifestaciones de carácter profesional o científico debe siempre ser razonable y su coste no puede exceder del que los destinatarios estarían normalmente dispuestos a pagar en las mismas circunstancias<sup>1516</sup>.

3) La hospitalidad no podrá extenderse más allá de lo razonable tras la realización del evento<sup>1517</sup>, ni incluir el patrocinio u organización de actividades de entretenimiento (deportivas, de ocio, etc.).

En este sentido, se indica en el código que se procurará que el lugar de celebración de la reunión científica transmita una adecuada imagen, por lo que conviene evitar lugares exclusivamente turísticos o ligados única o predominantemente a actividades lúdicas, recreativas o deportivas<sup>1518</sup>.

4) La hospitalidad debe ser siempre accesoria en relación con el objeto principal de la reunión<sup>1519</sup>. Los objetivos científicos deberán constituir el foco principal en la organización de tales reuniones.

5) La hospitalidad no debe extenderse a otras personas distintas a profesionales sanitarios<sup>1520</sup>.

---

<sup>1515</sup> No se incluyen dentro de esta prohibición el cóctel de bienvenida, los almuerzos de trabajo y la cena de gala, que aparecen habitualmente en los programas oficiales de los congresos y reuniones científicas, siempre que resulten razonables y moderadas y no incorporen elementos adicionales (culturales, de ocio o entretenimiento, etc.). En todo caso, se fija un coste máximo por comensal de 60 euros (impuestos incluidos) para cualquier forma de hospitalidad asociada a comidas y/o almuerzos. El pago de un almuerzo cuyo coste por comensal supere el máximo antes mencionado se considerará una práctica contraria al Código (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 18).

<sup>1516</sup> El concepto de hospitalidad incluye los gastos reales de desplazamiento, inscripción y estancia que sean abonados por el laboratorio, los cuales deberán ser mesurados y no exagerados, y habrán de ajustarse a los días en que esté prevista la reunión científica (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 18).

<sup>1517</sup> En este sentido, la hospitalidad únicamente podrá extenderse al día siguiente o anterior a la celebración del Evento, de acuerdo con una planificación eficiente de los traslados. Los facultativos podrán extender su estancia en el lugar de destino siempre y cuando los gastos adicionales de alojamiento, viaje y manutención que dicha extensión provoque corran a cargo del mismo y no suponga la modificación del programa inicial de la mayor parte de los participantes (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 20).

<sup>1518</sup> *Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 20.

<sup>1519</sup> En los congresos y reuniones, el contenido científico deberá ocupar la mayoría del tiempo de duración del evento con un mínimo del 60% de cada jornada. En caso de duda se computará una jornada de 8 horas (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 20).

<sup>1520</sup> En los eventos organizados por la industria no debe permitirse la presencia de acompañantes, aun cuando se paguen sus propios gastos, pues puede verse dañada la imagen de

6) Las compañías no podrán organizar o patrocinar eventos que tengan lugar fuera de España (eventos internacionales); a menos que tenga más sentido desde el punto de vista logístico que así sea porque: i) la mayor parte de los participantes invitados procedan del extranjero; o porque ii) esté localizado en el extranjero un recurso o *expertise*<sup>1521</sup> relevante y que sea el objeto principal del evento.

7) En ningún caso se podrá ofrecer dinero para compensar meramente el tiempo empleado por los profesionales sanitarios para asistir al evento<sup>1522</sup>.

8) Es aceptable el pago de honorarios razonables y el reembolso de gastos personales, incluyendo el viaje, a los moderadores y ponentes de estas reuniones, congresos, simposios y actos similares de carácter profesional o científico<sup>1523</sup>.

En conclusión, tanto la regulación legal como las reglas de que se ha dotado el propio sector de actividad serán un factor a tener en cuenta a la hora de apreciar la existencia de un error o de su carácter vencible o invencible.

### III. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA ADMINISTRACIÓN DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

«Administradores de fincas exigen comisiones para adjudicar obras de comunidades de vecinos»

*El Correo*<sup>1524</sup>

---

la industria farmacéutica. En los eventos organizados por terceros la industria farmacéutica no debe participar o colaborar si éstos promueven la asistencia de acompañantes (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 21).

<sup>1521</sup> El código emplea este término, que puede entenderse como habilidad o conocimiento especial o habilidad o conocimiento de un experto.

<sup>1522</sup> No se considera aceptable la entrega de bolsas de viaje en metálico o similar al personal sanitario invitado a los congresos y reuniones (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 20).

<sup>1523</sup> En cuanto al pago de honorarios, se deben tener en cuenta los precios de mercado y las horas de trabajo o servicio realmente empleadas. Cualquier retribución por los servicios prestados (ponencias, presentaciones, etc.) por profesionales sanitarios se realizará directamente por el laboratorio y se documentará mediante contrato y factura original, que la compañía farmacéutica deberá registrar en sus archivos para posibles inspecciones (*Código de Buenas Prácticas...*, ob. cit., pág. 21).

<sup>1524</sup> «Administradores de fincas exigen comisiones para adjudicar obras de comunidades de vecinos», *El Correo*, 23 de junio de 2014 (<http://www.elcorreo.com/bizkaia/sociedad/201406/23/administradores-fincas-exigen-comisiones-20140618210356.html>; consulta agosto 2015).



Según esta noticia de prensa, varias empresas dedicadas a la rehabilitación de viviendas denunciaban la práctica de ciertos administradores de comunidades de propietarios, que exigían una comisión, de entre el 5% y el 10% del presupuesto ofertado, para que la comunidad eligiera en consecuencia.

Conforme al art. 13 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, uno de los órganos de gobierno de una comunidad de propietarios es el administrador. Las reglas sobre su nombramiento son las siguientes:

1) El principio general es que el presidente de la citada comunidad ejerza las funciones del administrador.

2) Los estatutos o la Junta de propietarios (por acuerdo mayoritario) pueden disponer la provisión del cargo de administrador separadamente de la presidencia.

3) Si el cargo de administrador se dispone separadamente se podrá ejercer: i) por cualquier propietario; ii) por personas físicas con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida para ejercer dichas funciones; y iii) por corporaciones y otras personas jurídicas en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Vista esta regulación y las funciones que el art. 20 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, atribuye al administrador de una comunidad de propietarios, no hay duda de que reúne la condición de «administrador» del art. 286 bis CP<sup>1525</sup>.

Sin embargo, la posibilidad de aplicación del delito ha variado desde la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con la redacción anterior, que incluía el término «organización», se entendía que el tipo abarcaba a las uniones personales carentes de personalidad jurídica, como lo son las comunidades de propietarios<sup>1526</sup>. Bastaba con que se tratara de un

---

<sup>1525</sup> El citado artículo 20 dispone que corresponde al administrador: a) Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares. b) Preparar con la debida antelación y someter a la Junta el plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos. c) Atender a la conservación y entretenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios. d) Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes. e) Actuar, en su caso, como secretario de la Junta y custodiar a disposición de los titulares la documentación de la comunidad. f) Todas las demás atribuciones que se confieran por la Junta.

<sup>1526</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 11.

grupo de personas con unas ciertas reglas de funcionamiento y que tuvieran capacidad de gestión o de contratación<sup>1527</sup> en el ámbito de los bienes y servicios.

A nuestro juicio, esta posibilidad ha quedado restringida desde la reforma de 2015. Ahora la remisión del precepto al art. 297 CP impone que las entidades con las que debe tener relación el sujeto activo del delito (en su modalidad pasiva): i) o bien sea cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación o sociedad mercantil; o ii) se trate de «cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

Entendemos que una comunidad de propietarios regida por la Ley de Propiedad Horizontal no cumple estas condiciones, por las siguientes razones:

1) No es cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación o sociedad mercantil.

2) Si se observa la dispar y heterogénea enumeración de entidades que recoge el art. 297 CP, el único elemento común que tienen todas ellas es que están dotadas de personalidad jurídica propia (como ya se ha indicado anteriormente).

3) El objeto y fines de la comunidad y sus actividades no tienen relación con una participación en el mercado que, además, sea permanente; en el sentido de que su fin sea lucrativo (como también hemos señalado con anterioridad).

Por tanto, una comunidad de propietarios no tiene personalidad jurídica propia y no participa de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines, que nada tienen que ver con la ejecución de una actividad comercial o mercantil. Por tanto, no es una entidad de análoga naturaleza a las que se refiere el art. 297 CP.

En consecuencia, el administrador de una comunidad de propietarios reúne la condición de «administrador» del art. 286 bis CP, pero lo es de una entidad que ha quedado excluida de la redacción típica tras la reforma de 2015<sup>1528</sup>.

---

<sup>1527</sup> NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 30.

<sup>1528</sup> En igual sentido, GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 571.

#### IV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA ACTIVIDAD NOTARIAL

«Aval judicial a la vertiente comercial de los notarios. El TS acepta que los fedatarios puedan pagar comisiones para captar clientes»

*diariolaley.es*<sup>1529</sup>

La STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 14 de Octubre de 2011, trató sobre la conducta de un notario por la realización de pagos, que constituirían comisiones, para la captación de clientes. El mismo resultó sancionado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Resolución de 17 de febrero de 2014, por una falta muy grave, consistente en la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan (esto es, la percepción indebida de derechos arancelarios)<sup>1530</sup>.

Interpuesto recurso contencioso administrativo, el mismo se resolvió por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 26 de septiembre de 2008, que estimó el recurso, entendiendo que nada tenía que ver el abono de comisiones o el pago de la mitad de los gastos de una convención de empleados de una entidad bancaria con la que había conseguido la exclusividad a cambio de ciertos descuentos, con la percepción indebida de derechos arancelarios. Por el contrario consideraba que, a propósito de la imparcialidad e independencia que deben presidir el ejercicio de la profesión notarial, el Notario tenía que procurar corregir la posible inferioridad del llamado contratante débil a través del debido asesoramiento y que todo ello se ve dificultado, cuando no impedido, si se trabaja con la exclusividad de una entidad bancaria, en los instrumentos en que ésta intervenga, a cambio de determinadas contrapartidas como las expuestas anteriormente. Pero, ese proceder no puede incardinarse en la percepción indebida de derechos arancelarios, sino posiblemente en otro tipo de infracción<sup>1531</sup>, de la que el notario no pudo defenderse, por lo que estimó el recurso y anuló la sanción.

---

<sup>1529</sup> «Aval judicial a la vertiente comercial de los notarios. El TS acepta que los fedatarios puedan pagar comisiones para captar clientes», *diariolaley.es*, 25 de noviembre de 2011 (disponible en <http://pdfs.wke.es/1/3/1/5/pd0000071315.pdf>; consulta agosto 2015).

<sup>1530</sup> Artículo 43.Dos, A), letra g) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>1531</sup> Se trataría de la falta recogida en el artículo 43.Dos, B), letra c) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que considera infracción grave: las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuye a los Notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función.

La STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 14 de Octubre de 2011, confirmó en este punto la resolución anterior, indicando:

«Sostiene el Abogado del Estado en su recurso de casación que al pagar comisiones o asumir determinados gastos que no le corresponden, para obtener la exclusividad de un cliente, el notario está asumiendo una disminución de sus aranceles, de forma que está percibiendo un arancel inferior al legalmente pertinente, cuantificado en el RD 1426/1989.

(...) Sin embargo, el pago de comisiones en general, sin especificar ni su cuantía, ni su fecha, y ya de forma más concreta, el pago de los gastos de una convención de empleados de una entidad bancaria o el pago de la nómina de una persona que trabajaba en una entidad bancaria y bajo las ordenes de la misma, no puede subsumirse de forma razonable en el tipo infractor que consiste, como se ha repetido, en la percepción de derechos arancelarios con infracción de los derechos que por aquellos se rijan.

Alega el Abogado del Estado que merced a esas comisiones y pagos, el Notario está percibiendo un arancel inferior al legalmente pertinente, que está cuantificado en el RD 1426/89, que las comisiones y pagos suponen una rebaja de su arancel, y que aunque es cierto que la norma citada no indica expresamente que los notarios no pueden pagar comisiones para adquirir clientes, "va de suyo" que no pueden hacerlo, porque ello supone una rebaja de su arancel. Sin embargo, no consta cuál sea esa rebaja, que ni siquiera se cuantifica, ni la sentencia impugnada acepta como hecho probado que el Notario percibiera en realidad un arancel por su intervención como fedatario público inferior al legalmente pertinente, o que practicara rebajas en dicho arancel.

SÉPTIMO.- Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad, en la sentencia de 21 de enero de 2009 (recurso 1758/2007), sobre la falta de encaje de la conducta de pago de comisiones por un Notario en el tipo infractor del artículo 43.Dos.A).g) de la ley 14/2000, consistente en la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan.

La citada sentencia examinó un supuesto de pagos de comisiones por un Notario a una entidad financiera y a una gestoría, y señaló que la conducta del Notario podría incurrir en otra infracción

distinta, pero no en la infracción descrita en el artículo 43.Dos.A).g) de la ley 14/2000, de la ley, añadiendo que "...sólo a través de una interpretación extensiva y que desborda los límites de la literalidad del último de los preceptos tipificadores citados, puede llegarse al establecimiento de las sanciones (...), en la forma en que lo efectuó la Administración. Lo que en conclusión supone que se había infringido en principio de tipicidad, incluido en el de legalidad del art. 25.1 de la Constitución."

Por las razones anteriores no puede ser acogido el segundo motivo del recurso de casación».

La exposición de este supuesto parecería llevar a la conclusión de que un notario puede abonar comisiones a los empleados o directivos de una entidad, para que ésta contrate sus servicios, con preferencia sobre otros notarios, y que tal conducta está permitida por las resoluciones indicadas. Tal conclusión es errónea, porque en tal caso podría estar cometiendo un delito de corrupción entre particulares.

En efecto, el notario reúne las condiciones de sujeto activo de un delito de corrupción privada activa, que es un delito común y puede ser cometido por cualquiera. Como indica SILVA SÁNCHEZ<sup>1532</sup>, el notario que abona comisiones para captar clientes: i) está ofreciendo «beneficios o ventajas de cualquier naturaleza»; ii) lo está realizando en un contexto de «contratación de servicios profesionales»<sup>1533</sup>; iii) con la finalidad de «ser favorecido» frente a otros notarios; y iv) esos beneficios o ventajas los estará ofreciendo normalmente a «directivos, administradores, empleados o colaboradores» de una entidad.

En definitiva, a nuestro juicio, concurren todos los presupuestos que exige el tipo penal de la corrupción activa para la aplicación del delito a los notarios que actúan de tal manera<sup>1534</sup>. Lo que no deja de ser un supuesto extraño: el notario, que a los efectos de la aplicación de la ley penal tiene la consideración de funcionario público, estaría corrompiendo a una persona particular mediante la promesa u ofrecimiento de una dádiva o ventaja.

---

<sup>1532</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Pueden los notarios pagar comisiones...», ob. cit., pág. 196.

<sup>1533</sup> Desde la reforma de 2015, el tipo penal se refiere a todo tipo de servicios, no solo los profesionales.

<sup>1534</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Pueden los notarios pagar comisiones...», ob. cit., págs. 196 y 197.

## **V. EL DELITO DE CORRUPCIÓN PASIVA Y LA ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS**

En relación con los trabajadores autónomos y la relación de su actividad con el delito de corrupción privada pasiva, hay que partir del hecho de que el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, los define como como:

«(...) las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena».

Partiendo de esta definición, cabe plantear dos situaciones distintas en relación con esta clase de trabajadores.

La primera es la del autónomo que realiza la actividad en los términos indicados en el art. 1.1. de la Ley, sin otro elemento añadido; es decir, ejerce su actividad por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona o entidad. Si en estas condiciones es objeto de un pago indebido o lo solicita para favorecer a un competidor frente a otros, no cabría aplicar el delito de corrupción privada, porque el trabajador autónomo no reúne la condición de administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad ni se inserta en ella. A estos efectos sería un «empresario», por lo que quedaría excluido del tipo penal.

La segunda situación es la del trabajador autónomo vinculado a una empresa mercantil, bien porque existe entre ellos una relación contractual (por ejemplo, arrendamiento de servicios) o porque se da el régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente (prevista y regulada en el Capítulo III del Libro I de la Ley 20/2007, de 11 de julio -artículos 11 a 18). Conforme al art. 11.1 de la Ley, este régimen se da en los trabajadores autónomos:

«(...) que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales».

En el caso del trabajador autónomo vinculado a una empresa mercantil, concurre la condición de «colaborador» del empresario a efectos del art. 286 bis CP. Además, desde la reforma de 2015, el precepto incluye toda prestación de servicios por parte de una persona que ha hecho de ello «su profesión», entendida como actividad por cuenta propia, a título lucrativo y habitual. Por lo que el delito podría ser aplicable.

**PARTE IV. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**





## CAPÍTULO DECIMOQUINTO. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

### I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una de las cuestiones más debatidas en nuestro ordenamiento, tanto antes como después de su introducción en el Código Penal, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (y que también ha sido objeto de reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). Y no sólo del mismo, sino que cabe afirmar, con SCHÜNEMANN, que «es el complejo temático quizás más discutido del Derecho Penal económico, cuando no de la completa dogmática penal, (...) a nivel mundial y especialmente en la Unión Europea y sus Estados miembros»<sup>1535</sup>.

Por otra parte, la polémica doctrinal en nuestro país sobre la cuestión es inagotable, desde que se publicara, en 1927, la obra principal de SALDAÑA <sup>1536</sup>, defendiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>1537</sup> (polémica que se calificó expresamente, hace ya casi 20 años, como cuestión «rancia»<sup>1538</sup>).

El planteamiento de los numerosos problemas que surgen en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general<sup>1539</sup>, y de la regulación en nuestro ordenamiento -fundamentalmente a través del art. 31 bis CP-, en particular, excede del objeto y límites de este trabajo. En consecuencia, nos centraremos en estudiar las cuestiones concretas que se plantean en el ámbito específico del delito de corrupción entre particulares.

---

<sup>1535</sup> SCHÜNEMANN, B., «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea» (traducción realizada por Mariana Sacher del original «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungsorgane in der Europäischen Union»), en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Director) y BACIGALUPO SAGGESE, S. y GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (Coordinadores), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico. Mesas redondas Derecho y Economía*, CERASA, Madrid, 2006, pág. 143.

<sup>1536</sup> SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, Ed. Reus, Madrid, 1927.

<sup>1537</sup> La obra contiene un detallado estudio del estado de la cuestión en distintos países desde el punto de vista doctrinal y legislativo y hace especial mención a las ideas de GIERKE; de cuyo libro *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* se dice que «es la fuente más considerable para toda teoría de responsabilidad corporativa o social» (SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal...*, ob. cit., pág. 23).

<sup>1538</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-299, Tomo 5, págs. 1490 a 1495.

<sup>1539</sup> Un desarrollo extenso de la evolución histórica de las teorías de la dogmática sobre la materia se contiene en BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 42 a 223. Véase, también, BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

Para lo cual, inicialmente se hará una breve descripción de cómo se regula la cuestión en el Código Penal y en la *Bribery Act 2010* (vigente en el Reino Unido), en la medida en que recogen dos sistemas de determinación de la responsabilidad dispares: el Código Penal prevé una cláusula general de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP), a la que se remiten preceptos concretos de la parte especial (en nuestro caso, el art. 288 CP); mientras que la *Bribery Act 2010* recoge una cláusula específica de responsabilidad penal de las empresas (Sección 7) por un delito concreto: no cumplir con la obligación de prevenir los actos de corrupción en su seno. Precisamente, como en ambos casos (y también en otros ordenamientos) se hace mención a los sistemas de prevención de delitos y de cumplimiento normativo de los que se han de dotar las personas jurídicas (programas de *compliance*), se tratará, a continuación, sobre su posible contenido en relación con el delito de corrupción privada.

## **II. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El delito de corrupción entre particulares es uno de los que puede generar responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme al artículo 288 CP. Este precepto señala, en su párrafo segundo, número 1º, inciso segundo, lo siguiente:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

(...) En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quáter:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos».

Además, el párrafo segundo, número 2º, añade:

«Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

A su vez, el contenido actual del art. 31 bis CP (tras la reforma del mismo en el año 2015) es el siguiente:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.<sup>o</sup> Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.<sup>o</sup> Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.<sup>o</sup> Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.<sup>o</sup> Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

El número 1 del precepto indica qué actuación de una persona física en el seno de la empresa puede determinar la responsabilidad penal de la misma. En relación con este aspecto, ha de tratarse la problemática que plantea el delito de corrupción privada pasiva.

## **2. EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

En el caso de la corrupción privada pasiva se plantean dos cuestiones en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas: i) si, en realidad, esta modalidad puede generar tal responsabilidad o dicha posibilidad está excluida; y ii) respecto a qué sujetos activos de la misma puede ligarse tal responsabilidad.

### **1. Exclusión del delito de corrupción privada pasiva del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

La doctrina, con anterioridad a la reforma del Código Penal por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, se inclinaba a favor de la exclusión (si no teórica, al menos en la práctica) del delito de corrupción privada pasiva del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Recordemos que la redacción del número 1 del artículo 31 bis CP anterior a la reforma (fruto de la redacción por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), indicaba que:

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

En tal caso, si la persona física responsable penalmente debía actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho, aunque el art. 288 CP extendiera la aplicación del art. 31 bis CP al art. 286 bis CP, en realidad, esta extensión sólo resultaría operativa para la modalidad de corrupción activa, pero no para la corrupción pasiva.

Sería operativa para la modalidad activa porque quien soborna para conseguir un contrato a favor de su empresa, actuaría «en provecho» de la misma, conforme exige el art. 31 bis CP para apreciar la responsabilidad penal. Sin embargo, en la práctica, sería muy difícil apreciar este delito en el caso de la modalidad pasiva, ya que lo lógico es que el sujeto sobornado tomará una decisión (a causa del soborno) que sería perjudicial para su empresa (esto es, no actuaría «en su provecho», sino en su perjuicio).

En efecto, en la corrupción pasiva, lo lógico es que la sociedad, cuyo administrador o directivo recibe a título personal el soborno, sufrirá un perjuicio, bien porque terminará pagando el precio del soborno (a causa de un incremento o no reducción del precio del contrato que se adjudica a quien paga el soborno), o bien porque aceptará una mercancía o prestación de peores condiciones que otras. De manera que será la principal perjudicada por la conducta de su administrador. No concurrirían los presupuestos del art. 31 bis CP y, además, sufriendo un perjuicio carece de sentido que se vea, además, sometida a responsabilidad penal<sup>1540</sup>.

En definitiva, no todos los actos de corrupción entre particulares que se realizaran en el ámbito de una mercantil darían lugar a la responsabilidad penal de la misma, porque la mayor parte de las veces no generarían beneficio o

---

<sup>1540</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 625; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y...», ob. cit., pág. 364.

provecho a la mercantil para la que trabajan, sino, al contrario, generarían un perjuicio<sup>1541</sup>.

Lo cierto es que este argumento es razonable y mantiene su vigencia después de la reforma de 2015, ya que el art. 31 bis CP ahora dice (art. 31 bis.1, letra a):

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Por tanto, la responsabilidad de la empresa se sigue fundamentando en una actuación «en su beneficio directo o indirecto»<sup>1542</sup>. Siendo factible que el sujeto sobornado actúe en beneficio de la empresa, lo usual es que produzca un perjuicio, por lo que no será posible la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en tal caso.

## **2. Sujetos del delito de corrupción privada pasiva y responsabilidad penal de las personas jurídicas**

También se ha debatido sobre si la actuación de todos o sólo de parte de los sujetos activos de la modalidad pasiva de corrupción privada genera responsabilidad penal de la persona jurídica.

La doctrina<sup>1543</sup> consideraba que si la redacción del número 1 del artículo 31 bis CP (producto de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), hablaba expresamente de «representantes legales y administradores de hecho o de

---

<sup>1541</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 6; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, pág. 57; GONZÁLEZ BLESA, F. J., «Delito de Corrupción entre...», ob. cit.

<sup>1542</sup> Sobre la interpretación de este elemento, DEL ROSAL BLASCO, B., «Capítulo Cuarto. Responsabilidad penal de personas jurídicas...», ob. cit., pág. 99.

<sup>1543</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., págs. 324 y 325, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 675; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 625; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.



derecho», entonces surgía una limitación (calificada de incomprensible<sup>1544</sup>) derivada de tal redacción. El art. 31 bis CP venía a imponer que la responsabilidad de las personas jurídicas se ciñera a los administradores y directivos del tipo penal del art. 286 bis CP; con exclusión, por tanto, de los supuestos en que el delito lo cometiera un empleado o un colaborador de la persona jurídica, aunque actuara en nombre o por cuenta de la misma y en su provecho.

A nuestro juicio, esta limitación no era tal, dado que el art. 31 bis CP también contemplaba la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por «quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior» (esto es, sus «representantes legales y administradores de hecho o de derecho»), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. Por esta vía, entendemos que era posible exigir responsabilidad penal de la empresa, para el caso de que el delito de corrupción pasiva se cometiera por un empleado o colaborador<sup>1545</sup>.

Las mismas consideraciones se pueden hacer después de la reforma de 2015, ya que la actual redacción del art. 31 bis.1, letra b), CP, señala:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

(...) b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

### III. REGULACIÓN EN LA *BRIbery ACT 2010*

---

<sup>1544</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>1545</sup> Esta posibilidad se negaba por algún autor, en la medida en que si la conducta era realizada por los subordinados, no debería poder apreciarse responsabilidad penal en la persona jurídica por el hecho de que hubiera existido *culpa in vigilando* de los primeros sujetos, porque ello supondría considerar penalmente responsable a la sociedad a título de imprudencia por un delito de corrupción privada, que sólo es punible en su forma dolosa; véase, CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 625.

## 1. INTRODUCCIÓN

La previsión expresa de que una persona jurídica pueda responder penalmente por una conducta de corrupción entre particulares se recoge en la *Bribery Act 2010*.

Para entender el sistema diseñado por esta norma, ha de tenerse presente que una incipiente exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas se aprecia en los tribunales ingleses a comienzos del siglo XVII; si bien se suele considerar que el primer pronunciamiento judicial relevante, en el que se declara penalmente responsable a una persona jurídica privada, fue el caso *Queen v. Birmingham & Gloucester Ry.*<sup>1546</sup>, en 1842. En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuenta con gran tradición en el Reino Unido, conforme a los principios del *common law*.

Por otra parte, la *Bribery Act 2010* recoge tres clases de figuras (*General bribery offences*):

1) Los delitos de soborno activo y pasivo en general, tanto en el sector público como en el privado (Secciones 1 a 5).

2) El delito de soborno a funcionarios públicos extranjeros (*Bribery of foreign public officials*), en la Sección 6.

3) Un supuesto de responsabilidad penal para las personas jurídicas que no prevengan el soborno (*Failure of commercial organisations to prevent bribery*), al que dedica sus Secciones 7 a 9.

Concretamente, la Sección 7 señala<sup>1547</sup>:

---

<sup>1546</sup> *Queen v. Birmingham & Gloucester Ry.*, 114 Eng. Rep. 492 (Q. B. 1842).

<sup>1547</sup> Literalmente, dice:

«7. Failure of commercial organisations to prevent bribery

(1) A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending—

(a) to obtain or retain business for C, or

(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

(2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.

(3) For the purposes of this section, A bribes another person if, and only if, A—

(a) is, or would be, guilty of an offence under section 1 or 6 (whether or not A has been prosecuted for such an offence), or

(b) would be guilty of such an offence if section 12(2)(c) and (4) were omitted.

(4) See section 8 for the meaning of a person associated with C and see section 9 for a duty on the Secretary of State to publish guidance.

(5) In this section—

«7. Incumplimiento de la obligación de prevenir el soborno por parte de las organizaciones comerciales.

(1) Una organización comercial (“C”) es culpable del delito previsto en esta sección si una persona (A) asociada con ella soborna a otra con la intención de-

(a) obtener o continuar ejerciendo una actividad económica o empresarial para C, o

(b) obtener o continuar disfrutando de una ventaja en la llevanza de la actividad económica o empresarial de C.

(2) No obstante, C podrá alegar y acreditar que había implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ella realizaran tal conducta.

(3) A los efectos de esta sección, A sobornará a otra persona si, y solo si-

(a) es o sería culpable de un delito previsto en la sección 1 ó 6 (haya sido o no acusada del mismo),

(b) sería culpable de tal delito si se omitiera la sección 12(2)(c) y (4).

(4) Véase la sección 8 para el significado de la expresión “persona asociada con C” y la sección 9 para el de la expresión “deber de la Secretaria de Estado de publicar una guía”.

(5) A los efectos de esta sección<sup>1548</sup>.

---

“partnership” means—

(a) a partnership within the Partnership Act 1890, or

(b) a limited partnership registered under the Limited Partnerships Act 1907, or a firm or entity of a similar character formed under the law of a country or territory outside the United Kingdom,

“relevant commercial organisation” means—

(a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere),

(b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom,

(c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or

(d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom,

and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business».

<sup>1548</sup> Sobre el alcance de los conceptos definidos en este apartado, véase BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., págs. 18 a 21.

“partnership”<sup>1549</sup> incluye-

(a) una *partnership* comprendida en la *Partnership Act* de 1890,

(b) Una *partnership* de responsabilidad limitada registrada de conformidad con la *Limited Partnerships Act* de 1907,

o una compañía o entidad de características similares constituida de conformidad con el ordenamiento de un país o territorio que no sea el Reino Unido,

“organización comercial” comprende-

(a) una entidad que, constituida de acuerdo con el ordenamiento de cualquier parte del Reino Unido, ejerza una actividad económica o empresarial (allí o en cualquier otro lugar),

(b) cualquier otra entidad (cualquiera que sea el lugar donde se haya constituido) que ejerza una actividad económica o empresarial o una parte de ella, en cualquier parte del Reino Unido,

(c) una *partnership* que, constituida de acuerdo con el ordenamiento de cualquier parte del Reino Unido, ejerza una actividad económica o empresarial (allí o en cualquier otro lugar),

(d) cualquier otra *partnership* (cualquiera que sea el lugar donde se haya constituido) que ejerza una actividad económica o empresarial o una parte de ella, en cualquier parte del Reino Unido,

y, a los efectos de esta sección, un comercio u oficio es un “negocio”».

Es decir, la persona jurídica es responsable penalmente por los actos de corrupción entre particulares<sup>1550</sup> que cometa una persona, a la que denomina «persona asociada». Ese concepto se define en la Sección 8 de la norma, de la siguiente manera<sup>1551</sup>:

---

<sup>1549</sup> *Partnership* es un término de difícil traducción al castellano, porque no se corresponde con exactitud con alguna de las formas societarias de nuestro ordenamiento.

<sup>1550</sup> Sobre las normas de la *Bribery Act* y su aplicación a la corrupción entre particulares, véase la parte de este trabajo referida a la regulación de tal delito en el Reino Unido.

<sup>1551</sup> Literalmente, dice:

«8 Meaning of associated person

(1) For the purposes of section 7, a person (“A”) is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C.

(2) The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter.

## «8. Significado de “persona asociada”

(1) A los efectos de la sección 7, una persona (“A”) está asociada con C si (al margen de cualquier consideración sobre un posible soborno) presta servicios para o en nombre de C.

(2) No importa la capacidad en virtud de la cual A preste servicios para o en nombre de C.

(3) En consecuencia A (por ejemplo) puede ser un empleado de C, un agente o representante o una filial.

(4) Para determinar si A presta servicios para o en nombre de C se valorarán todas las circunstancias concurrentes y no solo cuál sea la naturaleza de la relación entre A y C.

(5) Pero si A es un empleado de C, se presumirá, salvo prueba en contrario, que A presta servicios para o en nombre de C».

Combinando la doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el contenido de la Sección 7 de la *Bribery Act 2010* cabe distinguir dos supuestos distintos de responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a los delitos de soborno:

1) Cuando se entiende que es la misma persona jurídica la que comete el acto de soborno, de conformidad con los principios del *common law*.

2) Cuando el acto de soborno se ha cometido por una «persona asociada» a la persona jurídica, y ésta no se ha dotado de medidas adecuadas para evitar que esa «persona asociada» realizara tal conducta. Este segundo delito, que recoge la Sección 7 de la *Bribery Act 2010*, es un delito añadido y, por tanto, no desplaza, elimina ni sustituye a la responsabilidad penal anteriormente señalada<sup>1552</sup>.

---

(3) Accordingly A may (for example) be C's employee, agent or subsidiary.

(4) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C.

(5) But if A is an employee of C, it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C».

<sup>1552</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 14; KOCHAN, N., «The UK Bribery Act...», ob. cit., pág. 50.

## 2. LA RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DE SOBORNO CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL *COMMON LAW*

De acuerdo con tales principios cabe la aplicación directa de las Secciones 1, 2 y 6 de la *Bribery Act 2010* a la persona jurídica, cuando el delito de soborno se atribuye a la misma organización comercial en virtud del «principio de identificación» propio del *common law*. Por lo que puede tratarse del soborno activo y pasivo en general y soborno a funcionarios públicos extranjeros.

En este sentido, la *Interpretation Act 1978*<sup>1553</sup> indica que cuando la ley utiliza la palabra *person* se incluye a las personas físicas y a las personas jurídicas; y, por otra parte, según el «principio de identificación» se entiende que surge la responsabilidad penal corporativa cuando el delito se comete por una persona física que ostenta la dirección o expresa la voluntad de la organización (es decir, los altos ejecutivos o altos directivos)<sup>1554</sup>.

El *leading case* de esta interpretación del *common law* es el caso *Tesco Supermarkets v. Nattrass*<sup>1555</sup>; si bien es preciso señalar que tuvo un origen anterior, concretamente en un supuesto de responsabilidad civil relacionada con el naufragio de un buque: *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.*<sup>1556</sup>.

En el caso *Tesco Supermarkets v. Nattrass*, la cadena de supermercados *Tesco* ofreció a sus clientes un descuento en un producto detergente, que anunciaba mediante carteles expuestos en las tiendas. Una vez que se quedaron sin el producto de menor precio, las tiendas comenzaron a reemplazarlo con producto de precio normal. En una de sus tiendas, el gerente de la misma no retiró los carteles que anunciaban el descuento y a uno de los clientes se le cobró el precio normal. *Tesco* fue acusada por publicidad falsa acerca del precio del detergente. En su defensa, argumentó que la compañía había tomado todas las precauciones razonables y la diligencia debida y que la conducta del gerente no podía dar lugar a su responsabilidad.

---

<sup>1553</sup> La *Interpretation Act 1978* es una norma del Parlamento del Reino Unido que establece reglas sobre la interpretación de otras normas y actos. GENTLE, S., «The Bribery Act 2010-The corporate offence», *Criminal Law Review*, 2011, 2, págs. 101 a 110, esp. págs. 106 y 107.

<sup>1554</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 14.

<sup>1555</sup> *Tesco Supermarkets v. Nattrass* [1972] (disponible en <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html>; consulta agosto 2015).

<sup>1556</sup> *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915] (disponible en <http://www.uniset.ca/other/cs2/1915AC705.html>; consulta agosto 2015). Sobre la misma, véase DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *Diario La Ley*, nº 7670, 11 de julio de 2011.

La sentencia aceptó este argumento y absolvió a *Tesco*, considerando que la compañía había hecho todo lo posible para hacer cumplir las normas relativas a la publicidad y que el gerente de una tienda no era parte de la «mente» que dirigía la corporación, por lo que su conducta no era atribuible a la misma.

En definitiva, el indicado principio supone que los actos y el *state of mind* de ciertos altos directivos de una empresa se consideran los actos y el *state of mind* de la empresa misma: su responsabilidad sólo surge a causa de los actos de determinados sujetos y no de todos sus empleados o agentes<sup>1557</sup>. La cuestión, entonces, es determinar qué «personas clave» dentro de la entidad son las que reúnen las características precisas para su aplicación y la acusación ha de ser capaz de probar que esa persona, situada en el escalón más alto dentro de la organización, es la que ha cometido el acto de soborno<sup>1558</sup>.

Se trata de una doctrina pragmática, creada como término medio entre dos extremos: en un lado, la responsabilidad total para las empresas por todos los delitos cometidos en su seno y, en el otro, la ausencia absoluta de responsabilidad corporativa (a menos que los administradores acordaran expresamente realizar un acto delictivo).

Este criterio de imputación de responsabilidad ha tenido cierta modulación, a partir de la decisión tomada por la Corte de Apelación en el caso *R. v. British Steel Plc.*<sup>1559</sup>. En el caso concreto, se trataba de la responsabilidad derivada de un accidente, al mover una plataforma de acero con una grúa. La operación se llevó a efecto por trabajadores subcontratados por *British Steel*, bajo la supervisión de un ingeniero de la citada compañía. La entidad alegó en su defensa que sus directivos habían tomado todas las precauciones razonables en la delegación al citado ingeniero de las labores de supervisión; pero la Corte de Apelación apreció la responsabilidad de *British Steel*, indicando que la empresa no podía eludir su responsabilidad porque el acto que causó el daño se llevara a cabo por alguien que no era su «mente directiva», ni tampoco podía evitar su responsabilidad adoptando un cuidado razonable en la delegación de la actividad; sino que consideraba que debía haber establecido medidas razonablemente eficaces para evitar riesgos para la salud y seguridad de sus

---

<sup>1557</sup> FERGUSON, G., «Corruption and Corporate Criminal Liability», *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*, mayo, 1998, págs. 6 y 7.

<sup>1558</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., pág. 1200.

<sup>1559</sup> Disponible en [http://www.safetyphoto.co.uk/subsite/case%20q%20r%20s%20t/r\\_v\\_british\\_steel\\_plc.htm](http://www.safetyphoto.co.uk/subsite/case%20q%20r%20s%20t/r_v_british_steel_plc.htm); consulta agosto de 2015.

empleados<sup>1560</sup>. En definitiva, supone que las empresas no sólo pueden ser responsables por acciones de sus directivos sino, igualmente, por las de sus subordinados<sup>1561</sup>.

### **3. LA RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PREVENIR EL SOBORNO**

Este supuesto de responsabilidad se introduce por las Secciones 7 a 9 de la *Bribery Act 2010* y constituye una de las grandes novedades de esta norma, calificada como «medida innovadora»<sup>1562</sup>. Supone una modificación de la perspectiva en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que prevé su apreciación cuando el hecho se comete por parte de personas distintas a los altos directivos. Supone una responsabilidad basada en actos de personas subordinadas a la empresa, es decir, que no son su «mente dirigente»; sino que basta con que se trate de una «persona asociada» en los términos descritos en la Sección 8. En este caso, ya no rige la doctrina de la identificación, sino los presupuestos de aplicación previstos en la *Bribery Act 2010*.

#### **1. Presupuestos de aplicación**

De la combinación de las Secciones 7 y 8 resulta que la entidad será penalmente responsable: i) de determinados (no de todos) actos de soborno cometidos por una «persona asociada»; y ii) cuando se den una serie de requisitos.

En efecto, la Sección 7 contempla exclusivamente la responsabilidad de la entidad por el delito de corrupción privada activa (no pasiva). Ello se deduce de que el apartado (1) indica que la organización comercial es culpable si una persona asociada con ella «soborna a otra con la intención de». Lo que se refuerza con el contenido del apartado (3)(a), en virtud del cual se entiende que la persona sobornará a otra persona «si, y solo si es o sería culpable de un delito previsto en la sección 1 ó 6 (haya sido o no acusada del mismo)». Precisamente, a los efectos que nos ocupan, la Sección 1 recoge los delitos referidos a sobornar a otro<sup>1563</sup>, es decir, la corrupción activa; mientras que los delitos referidos a ser

---

<sup>1560</sup> La cuestión versaba sobre la aplicación de la *Health and Safety at Work etc. Act 1974* y el tribunal entendió que el criterio de la «mente directiva» no era válido para estos delitos en particular; DIGNAM, A., *Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law*, 7ª edición, Oxford University Press, 2011, pág. 142.

<sup>1561</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos...», ob. cit.

<sup>1562</sup> KOCHAN, N., «The UK Bribery Act: Britain's New Legal Landscape», *Criminal Justice*, American Bar Association, vol. 28, nº 3, otoño 2013, págs. 46 a 51, esp. pág. 46.

<sup>1563</sup> La Sección 1 tiene por título *Offences of bribing another person*. La Sección 6 se refiere al soborno de funcionarios públicos.



sobornado por otro (corrupción pasiva) se regulan en la Sección 2<sup>1564</sup>. En consecuencia, esta responsabilidad sólo se refiere a la forma activa y la modalidad pasiva es irrelevante<sup>1565</sup>.

Además, la responsabilidad de la persona jurídica exige la concurrencia de una serie de requisitos, que son<sup>1566</sup>: i) que el soborno se cometa por una persona que tenga una relación con la entidad, a la que se denomina «persona asociada»; ii) que esa persona actúe en beneficio o provecho de la entidad; y iii) que la entidad no haya implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ella realizaran tal conducta.

## **2. El soborno por «persona asociada»**

El soborno se debe cometer por una persona que tenga una relación con la entidad: que preste servicios «para o en nombre» de la misma -Sección 8 (1)-. Esa persona puede ser física o jurídica<sup>1567</sup>.

Los términos legales («persona que realiza servicios para o en nombre de la organización») pretenden abarcar todo el abanico de personas vinculadas a ella y que podrían ser capaces de cometer un acto de soborno en nombre de la misma<sup>1568</sup>; si bien se ha criticado la posible incompatibilidad de esta formulación con el principio de legalidad<sup>1569</sup>.

No es posible establecer una lista exhaustiva de las personas que pueden reunir tal condición; y en todo caso se debe atender a las funciones o actividades que realiza la persona, más que a la modalidad contractual que le una con la entidad<sup>1570</sup>. A título ejemplificativo, la Sección 8 (3) señala que puede ser un empleado, un agente o representante o una filial; y a ellos se pueden añadir otros, como los contratistas o los proveedores de servicios (no así los que se limitan a venderle bienes o mercancías)<sup>1571</sup>.

Ahora bien, no es necesario que la persona haya sido acusada y condenada por un delito de soborno (puede haber sido acusada o no y puede haber sido condenada o no); pero cuando la Fiscalía no pueda probar más allá de toda duda razonable que se ha cometido un delito de soborno no cabrá

---

<sup>1564</sup> La Sección 2 tiene por título *Offences relating to being bribed*.

<sup>1565</sup> KOCHAN, N., «The UK Bribery Act...», ob. cit., págs. 49 y 50.

<sup>1566</sup> FORTSON, R., «Understanding the...», ob. cit., punto 103.

<sup>1567</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 37.

<sup>1568</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 37.

<sup>1569</sup> BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., pág. 24.

<sup>1570</sup> Cfr. GENTLE, S., «The Bribery Act 2010...», ob. cit., pág. 106.

<sup>1571</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 37.

aplicar el delito de la Sección 7<sup>1572</sup>. En consecuencia, es necesario que haya pruebas suficientes para demostrar la comisión del delito por la persona asociada<sup>1573</sup>.

### **3. Actuación en beneficio o provecho de la persona jurídica**

Esa persona debe actuar en beneficio o provecho de la entidad, ya que debe sobornar con la intención de: i) obtener una actividad económica o empresarial para la empresa; ii) o continuar ejerciendo una actividad económica o empresarial para ella; iii) u obtener una ventaja en la llevanza de la actividad económica o empresarial de la entidad; y iv) o continuar disfrutando de una ventaja en la llevanza de la actividad económica o empresarial de la misma.

### **4. Ausencia de medidas adecuadas para evitar el soborno**

La Sección 7, apartado (2), señala que la persona jurídica podrá «alegar y acreditar que había implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ella realizaran tal conducta». Es decir, *sensu contrario*, si se dan los presupuestos anteriores y la entidad no ha implementado esas medidas adecuadas surgirá su responsabilidad penal, porque no podrá oponer este medio de defensa.

Sobre esta regla legal cabe destacar lo siguiente<sup>1574</sup>:

1) De ella no cabe derivar una responsabilidad penal consistente simplemente en no disponer de procedimientos adecuados para prevenir el soborno<sup>1575</sup>. Para que surja la responsabilidad del ente es preciso que se lleve a

---

<sup>1572</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 37.

<sup>1573</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., pág. 1202; KOCHAN, N., «The UK Bribery Act...», ob. cit., pág. 50.

<sup>1574</sup> GENTLE, S., «The Bribery Act 2010...», ob. cit., págs. 106 y 107.

<sup>1575</sup> KOCHAN, N., «The UK Bribery Act...», ob. cit., pág. 50.

Sin embargo, la falta de procedimientos adecuados para prevenir el soborno sí puede dar lugar a otro tipo de responsabilidad para las empresas. Por ejemplo, en el año 2009, la *Financial Services Authority (FSA)* impuso a *Aon Limited* una multa, por importe de 5.250.000£, por no tener un cuidado razonable en establecer y mantener sistemas y controles efectivos para contrarrestar los riesgos de soborno y de corrupción. La *FSA* consideró que, entre el 14 de enero de 2005 y el 30 de septiembre 2007, *Aon* no evaluó adecuadamente los riesgos que implicaban sus relaciones con las empresas en el extranjero y las personas que le ayudaron a obtener negocios y no aplicó controles efectivos para mitigar esos riesgos. Como resultado del débil control de *Aon*, la empresa realizó varios pagos sospechosos, por un valor aproximado de 7 millones de dólares. Por razones similares, la *FSA* impuso, en el año 2011, una multa de 6.985.000£ a la entidad *Willis Limited*.

cabo un acto de soborno concreto por parte de una persona que presta servicios para ella y lo haga en su provecho o beneficio.

2) Los procedimientos establecidos se deben evaluar de manera objetiva y *ex ante*. No pueden considerarse, sin más, no adecuados porque el soborno haya tenido lugar *de facto*<sup>1576</sup>, sino que deben desligarse del contexto del acto de soborno en particular.

## 5. Valoración del sistema

La introducción de este nuevo tipo de responsabilidad penal de las empresas ha sido acogida de manera dispar.

Para algunos autores, viene a ser una forma de superar el ámbito sumamente restrictivo de la «doctrina de la identificación», cuyo efecto es que los procedimientos contra las empresas se enfrentan a obstáculos significativos y con frecuencia insuperables<sup>1577</sup>. Sobre todo en relación con las grandes entidades, donde se corre el riesgo de que se descentralice el control y las responsabilidades, a través de estructuras difusas, con el fin de hacer que sea

---

Sobre estos supuestos, véase HARRISON, K. y RYDER, N., *The Law Relating to Financial Crime in the United Kingdom*, Ashgate Publishing, 2013 (reimpresiones en 2014 y 2015), págs. 154 y 155; y MONTEITH, C., «Bribery and corruption: the UK framework for enforcement», en HORDER, J. y ALLDRIDGE, P. (Editores), *Modern Bribery Law....*, ob. cit., págs. 251 a 266, esp. pág. 257 a 259.

En ambos casos, la multa se basaba en la violación del principio 3 de los *FSA's Principles for Businesses*. Se trata de unos principios que vinculan a las empresas y cuya infracción puede ser objeto de sanción. Concretamente el citado principio dice: «Gestión y control. Una empresa debe tener un cuidado razonable en organizar y controlar sus asuntos de manera responsable y efectiva, contando con los adecuados sistemas de gestión de riesgos».

La FSA fue un órgano regulador entre 2001 y 2013. En ese año se convirtió en dos autoridades reguladoras independientes: una, es la *Financial Conduct Authority (FCA)*, que es el regulador de la industria de servicios financieros en el Reino Unido; y la otra, es la *Prudential Regulation Authority (PRA)*, que es una parte del Banco de Inglaterra y es responsable de la regulación prudencial y la supervisión de los bancos, cajas, cooperativas de crédito, compañías de seguros y las principales empresas de inversión.

El control del cumplimiento de los *Principles for Businesses* se ha asumido por la FCA. Una idea de la estricta aplicación de los mismos y de las consecuencias que su vulneración puede suponer para las empresas resulta de dos acontecimientos recientes: en abril de 2015, la FCA impuso una multa de 226.800.000€ a la entidad *Deutsche Bank AG*; y en mayo de 2015, una multa de 284.432.000 al *Barclays Bank Plc*.

Estos principios se pueden consultar en <https://fshandbook.info/FS/html/handbook/PRIN>; y una guía sobre su aplicación se contiene en *Reader's Guide: an introduction to the Handbook* (disponible en <https://www.fca.org.uk/static/documents/handbook/readers-guide.pdf>; consulta agosto 2015).

<sup>1576</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., pág. 1203.

<sup>1577</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., pág. 1200.

imposible identificar a un alto dirigente como responsable de una operación en particular<sup>1578</sup>.

Otros autores indican, en una línea crítica con la norma, que se ha creado un delito basado en una responsabilidad puramente objetiva<sup>1579</sup>. Si a ello se añaden las posibilidades de aplicación extraterritorial que la norma prevé, estaríamos ante una escandalosa extralimitación de la ley, que pretende «restablecer el dominio británico sobre el planeta»<sup>1580</sup>; y que en su conjunto es una «medida draconiana»<sup>1581</sup>.

En el ámbito político, existen voces que reclaman la instauración de un sistema de responsabilidad similar para perseguir otros delitos económicos<sup>1582</sup>. Así, en diciembre de 2014, el Gobierno del Reino Unido publicó un plan de lucha contra la corrupción, en el que establecía las acciones que se proponía adoptar en la materia. Una de ellas era que el Ministerio de Justicia examinara la posibilidad de establecer un delito como el recogido en la Sección 7 para prevenir otras formas de delincuencia económica<sup>1583</sup>.

En todo caso, la *Bribery Act 2010* otorga una relevancia determinante a los programas de *compliance* respecto a los actos de soborno. Estos programas también se recogen en el art. 31 bis CP, a los que se refiere de diversas formas: «modelos de organización y gestión», «modelo de prevención» o «modelos de organización y de prevención». Sobre los mismos se plantean relevantes cuestiones en relación con la prevención y persecución de la corrupción privada.

---

<sup>1578</sup> O'MAY, N. y TORODE, J., «Financial Crime and Corporate Criminal Liability: What Next?», *Banking and finance disputes review*, mayo, 2015 (disponible en <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/129042/financial-crime-and-corporate-criminal-liability-what-next>; consulta agosto 2015).

<sup>1579</sup> BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., pág. 18.

<sup>1580</sup> BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., pág. 18.

<sup>1581</sup> BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance...», ob. cit., pág. 25.

<sup>1582</sup> DI MAURO, J., «SFO director seeks wider enforcement for Bribery Act», *The FCPA Blog*, 7 de febrero de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/2/7/sfo-director-seeks-wider-enforcement-for-bribery-act.html#sthash.XYEBao2j.dpuf>; consulta agosto 2015); también GREENWOOD, N. y WALDRON, D., «UK Government Announces Changes to Bribery Regime», *Morgan, Lewis & Bockius LLP*, 16 de octubre de 2013 (disponible en [http://www.morganlewis.com/~media/files/publication/lawflashclient%20alert/litigation%20lawflash/lit\\_if\\_ukannounceschangestobriberyregime\\_16oct13.ashx](http://www.morganlewis.com/~media/files/publication/lawflashclient%20alert/litigation%20lawflash/lit_if_ukannounceschangestobriberyregime_16oct13.ashx); consulta enero 2014).

<sup>1583</sup> Véase, *UK Anti-Corruption Plan*, 2014 (disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/388894/UKAntiCorruptionPlan.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/388894/UKAntiCorruptionPlan.pdf); consulta agosto 2015), pág. 37, Acción 36.

## IV. LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* Y EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA

### 1. INTRODUCCIÓN

Los programas de *compliance* se contemplan en las *Federal Sentencing Guidelines*, elaboradas en EE. UU., como factor de individualización de la pena. Cuando una persona, física o jurídica, es declarada culpable de un delito se abre una fase procesal distinta (que se sigue ante otro juez), cuyo fin es individualizar la pena aplicable. En dicha fase, el juez cuenta con unas reglas de individualización conocidas como *sentencing guidelines*. Estas tienen su origen en la *Sentencing Reform Act* de 1984 y las primeras fueron aprobadas en 1987, con sucesivas reformas posteriores. La última actualización se produjo en el año 2014<sup>1584</sup>.

Entre las reglas de individualización de la pena, en el caso de condenas a personas jurídicas, se recoge -como elemento de atenuación, nunca de exención de responsabilidad penal- la existencia de un *Effective Compliance and Ethics Program*<sup>1585</sup>. En síntesis, estos programas se pueden definir como el conjunto de normas de organización y gestión de la empresa que supone la existencia de procedimientos eficaces para la prevención y detección de los delitos, así como la promoción de una determinada cultura corporativa, que favorezca los comportamientos éticos y el cumplimiento del Derecho; y que esté dotado de efectividad<sup>1586</sup>.

Como ya hemos dicho anteriormente, estos programas se recogen tanto en el art. 31 bis CP como en la Sección 7 de la *Bribery Act 2010*, reconociéndoles importantes efectos en el ámbito de la responsabilidad penal de las empresas.

### 2. LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EN EL ARTÍCULO 31 BIS CP

El art. 31 bis CP se refiere con diversas denominaciones a este tipo de programas, conocidos como «programas de cumplimiento normativo» o programas de *compliance*. Tales programas vienen a constituir un sistema de control interno de supervisión y cumplimiento para prevenir y descubrir delitos, que pueden ser cometidos o hayan sido cometidos al amparo de la persona jurídica<sup>1587</sup>.

---

<sup>1584</sup> 2014 *USSC Guidelines Manual* (disponible en <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-ussc-guidelines-manual>).

<sup>1585</sup> Capítulo 8, Parte C, apartado 2, §8C2.5 -*Culpability Score*-.

<sup>1586</sup> Capítulo 8, Parte B, apartado 2, §8B2.1 -*Effective Compliance and Ethics Program*-.

<sup>1587</sup> BACIGALUPO, E., «La prevención de la responsabilidad penal y...», ob. cit., págs. 106.

Su relevancia es capital en el seno de la entidad hasta el punto de que, conforme al art. 31 bis CP, su existencia, implantación y control pueden dar lugar a la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica aunque se haya cometido un delito por una persona física integrada en la misma<sup>1588</sup>.

Aunque los fundamentos y naturaleza de esta exención son muy discutidos, su razón se basa, a nuestro juicio, en que la culpabilidad de la empresa se fundamenta en la denominada «culpabilidad por defecto de organización»<sup>1589</sup>.

Conforme a esta teoría, es factible elaborar un concepto de culpabilidad diferente de aquel que se basa en un reproche ético; esto es, se puede elaborar un concepto de culpabilidad basado en categorías sociales y jurídicas, no éticas. Desde este punto de vista, a la persona jurídica se le efectúa un reproche social y lo que fundamenta su responsabilidad es la «culpabilidad de organización». Es decir, la persona jurídica responde por los hechos realizados por una persona física, en la medida en que ella y sus órganos o representantes no han tomado las suficientes medidas de cuidado. Desde esta perspectiva, el hecho individual se considera como un hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica ha omitido tomar las medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de su actividad. Esa omisión es la que justifica el reproche (que no es ético, sino social).

No es una culpabilidad por un hecho ajeno (cometido por el representante), sino una culpabilidad por un hecho anterior de la misma persona jurídica: la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad empresarial sería el fundamento de la culpabilidad de la propia persona jurídica. De esta manera, la culpabilidad se fundamenta no en el hecho propiamente lesivo realizado, sino en la responsabilidad por un hecho anterior consistente en haber descuidado la adopción de medidas de precaución para evitar la realización de tales hechos lesivos. Este defecto de organización constituye el fundamento y legitimación de la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>1590</sup>.

---

<sup>1588</sup> Sobre los mismos y su interpretación tras la reforma de 2015, véase DEL ROSAL BLASCO, B., «Capítulo Cuarto. Responsabilidad penal de personas jurídicas...», ob. cit., *passim*.

<sup>1589</sup> TIEDEMANN, K., «La responsabilidad de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado» (traducido por Diego Iniesta), en GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coordinadores), *La reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón de la Plana, 1997, págs. 23 a 48, *passim*.

<sup>1590</sup> TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo...», ob. cit., pág. 39.

Si la culpabilidad de la persona jurídica o del ente colectivo se determina por la existencia de un defecto de organización, la exclusión de la culpabilidad por defecto de organización debe estar vinculada a la existencia de adecuados programas de cumplimiento normativo, que permitan afirmar una correcta autoorganización de la empresa para prevenir y disminuir los riesgos de su concreta actividad empresarial<sup>1591</sup>.

### 3. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EN LA BRIBERY ACT 2010

La existencia de estos programas, como ya hemos indicado, también se prevé en la *Bribery Act 2010*, concretamente en su Sección 7, apartado (2) al señalar que la persona jurídica podrá «alegar y acreditar que había implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ella realizaran tal conducta».

La existencia y acreditación de tales procedimientos adecuados constituye una *statutory defence*<sup>1592</sup> a favor de la empresa, la «única defensa posible»<sup>1593</sup> o una «defensa absoluta»<sup>1594</sup> (que la propia *The Bribery Act 2010 Guidance* califica de *full defence*<sup>1595</sup>). Esto es, una circunstancia de hecho o argumento de que, de ser probado, puede llegar incluso a la absolución. En definitiva, si la empresa logra acreditar que contaba con procedimientos adecuados para evitar que las personas asociadas a ella cometieran el soborno, la entidad evitará su propia responsabilidad<sup>1596</sup>.

Esta regulación de la cuestión en la *Bribery Act 2010* constituye un importante incentivo para las empresas tanto para formular como para reforzar sus programas de cumplimiento normativo en relación con el soborno<sup>1597</sup>. Especialmente, si tenemos en cuenta el distinto valor que surge de aplicar la *FCPA*<sup>1598</sup> y la *Bribery Act 2010* en relación con los citados programas; de manera que es probable que esta última norma aliente a las empresas a nivel mundial para crear programas de cumplimiento con el fin de disminuir la exposición a la

---

<sup>1591</sup> BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa...*, ob. cit., pág. 55. Cfr. SIEBER, U., «Los programas de *compliance*...», ob. cit., págs. 84 a 89, con una exposición de la teoría citada y su relación con los programas de *compliance*.

<sup>1592</sup> Cfr. GENTLE, S., «The Bribery Act 2010...», ob. cit., pág. 106.

<sup>1593</sup> RAAD, A. y WRIGHT, L., «Global Anti-Corruption... », ob. cit., pág. 8.

<sup>1594</sup> KOCHAN, N., «The UK Bribery Act...», ob. cit., págs. 48 y 51.

<sup>1595</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., puntos 11 y 33.

<sup>1596</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., pág. 1202.

<sup>1597</sup> RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation...», ob. cit., pág. 442.

<sup>1598</sup> En aplicación de la *FCPA*, de acuerdo con el modelo de imputación vigente para las personas jurídicas en la jurisdicción federal de los EE. UU., la existencia de un programa de *compliance* es exclusivamente un elemento de atenuación.

responsabilidad penal en el Reino Unido, si no lo habían hecho ya debido a la *FCPA*<sup>1599</sup>.

Previendo el impacto que esta norma podía suponer, en el debate legislativo se consideró oportuno algún tipo de orientación para ayudar al sector empresarial en su aplicación<sup>1600</sup>. De tal manera que se introdujo la Sección 9, que indica<sup>1601</sup>:

«9. Guía para que las organizaciones comerciales prevengan el soborno.

(1) La Secretaría de Estado debe publicar una guía sobre qué procedimientos pueden implementar las organizaciones para prevenir que las personas asociadas a ella cometan las conductas constitutivas de sobornos a las que se refiere la Sección 7(1).

(2) La Secretaría de Estado podrá, periódicamente, revisar la guía a la que se refiere esta sección, publicando nuevas versiones.

(3) La Secretaría de Estado debe consultar a los ministros escoceses antes de publicar la guía a la que se refiere esta sección.

(4) La publicación regulada en esta Sección se hará de la forma que la Secretaría de Estado considere adecuada.

(5) Las expresiones utilizadas en esta Sección tienen el mismo significado que en la sección 7».

---

<sup>1599</sup> RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation...», ob. cit., pág. 444.

<sup>1600</sup> Sobre los términos de tal debate, ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., págs. 1204 a 1206.

<sup>1601</sup> Literalmente, dice:

«9 Guidance about commercial organisations preventing bribery

(1) The Secretary of State must publish guidance about procedures that relevant commercial organisations can put in place to prevent persons associated with them from bribing as mentioned in section 7(1).

(2) The Secretary of State may, from time to time, publish revisions to guidance under this section or revised guidance.

(3) The Secretary of State must consult the Scottish Ministers before publishing anything under this section.

(4) Publication under this section is to be in such manner as the Secretary of State considers appropriate.

(5) Expressions used in this section have the same meaning as in section 7».



Esta guía es *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*<sup>1602</sup>.

La propia guía indica que está destinada a ayudar a las organizaciones comerciales de todos los tamaños y sectores para que entiendan qué tipo de procedimientos pueden poner en marcha para evitar el soborno<sup>1603</sup>. Si bien añade que su contenido no es preceptivo y que la desviación de los procedimientos sugeridos en ella no será por sí sola una presunción de que una organización no tiene procedimientos adecuados<sup>1604</sup>.

Dada la importancia que se confiere a estos programas o procedimientos, tanto en el Código Penal como en el Derecho comparado, es preciso establecer unas líneas generales sobre su diseño y contenido.

## **V. LÍNEAS GENERALES SOBRE EL DISEÑO Y CONTENIDO DE UN PROGRAMA DE *COMPLIANCE* REFERIDO AL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

---

<sup>1602</sup> Disponible en <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Esta es la guía elaborada por el Gobierno. Existe otra, elaborada por la *British Bankers' Association (BBA)*, cuyo título es *Anti-Bribery and Corruption Guidance. Practical guidance for the banking sector in complying with the Bribery Act 2010 and meeting FCA obligations*, 2014 (disponible en <https://www.bba.org.uk/policy/financial-crime/anti-bribery-and-corruption/anti-bribery-and-corruption-guidance/>; consulta agosto 2015).

<sup>1603</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 3. De hecho la *Bribery Act 2010* no entró en vigor hasta que la citada guía estuvo elaborada y publicada.

En el año 2015, se ha publicado un informe elaborado por el Gobierno sobre el impacto que la norma ha tenido para las pequeñas y medianas empresas (*Insight into awareness and impact of the Bribery Act 2010. Among small and medium sized enterprises (SMEs)*). El objetivo del informe era recoger la información necesaria, entre otros extremos, sobre el conocimiento de la *Bribery Act 2010* entre las *pymes*, el grado en que las *pymes* habían puesto en marcha procedimientos contra el soborno y su coste económico, cómo la ley había afectado sus exportaciones y su actividad en el extranjero y sobre cualquier inquietud o problemas específicos que hubieran experimentado al respecto.

Los principales resultados, en síntesis, son los siguientes: alrededor del 66% de las *pymes* conocían la ley; el 59% de las *pymes* no habían evaluado el riesgo de que les solicitaran sobornos; el 53% no contaba con procedimientos de prevención del soborno; el coste de implantación de los procedimientos de prevención de soborno, supuso un gasto medio de 2730£ y el coste anual de los procedimientos de prevención supuso un gasto medio anual de 500 £; y la ley no ha supuesto un impacto negativo generalizado de sus exportaciones.

<sup>1604</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 4. Aunque se considera que su contenido puede ser muy útil para la Fiscalía a la hora de determinar si procede o no acusar por el delito de la Sección 7; ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., págs. 1206 y 1207 y KOCHAN, N., «The UK Bribery Act...», ob. cit., pág. 51.

El art. 31 bis.5 CP señala qué contenido deben tener estos programas en nuestro ordenamiento, con carácter general y en relación con cualquier actividad delictiva que pueda desarrollarse en el seno de la empresa. Recordemos que el precepto señala<sup>1605</sup>:

«5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

Además, sobre el contenido en general de los citados programas existe la previsión de la regla contenida en el Capítulo 8, Parte B, apartado 2, §8B2.1 - *Effective Compliance and Ethics Program*- de las *sentencing guidelines*, que, en síntesis, exige que incluya:

---

<sup>1605</sup> La inclusión de una lista específica de requisitos del programa de cumplimiento en la misma ley penal es un elemento positivo, dado que no se aplaza su fijación para un momento posterior por parte de un órgano de ejecución «y no se colocan en una fuente no vinculante, como pautas de sentencia o un manual de la Fiscalía»; «Spain Sets a New Milestone with its Corporate Compliance Statute», *ethiXbase*, 28 de agosto de 2015 (disponible en <http://ethixbase.com/spain-spain-sets-a-new-milestone-with-its-corporate-compliance-statute/>; consulta agosto 2015).

1) Normas y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas.

2) La designación, entre la dirección de la entidad, de una persona concreta para que asuma la responsabilidad sobre el programa; responsabilidad que deberá ejercer con la debida diligencia.

3) La designación de personal específico, al que se debe dotar de recursos y medios adecuados, encargado de controlar el cumplimiento del programa y que debe informar periódicamente a la dirección de la entidad de su desarrollo y ejecución.

4) La difusión y comunicación adecuada, entre todo el personal de la organización, del contenido del programa diseñado; incluyendo cursos formativos sobre los deberes y responsabilidades que pudieran derivarse de él.

5) El establecimiento de medidas de control interno del cumplimiento del programa.

6) Instauración de mecanismos internos que, garantizando el anonimato y la confidencialidad, permitan a cualquier empleado denunciar la comisión de algún delito o solicitar información al respecto, sin miedo a sufrir represalias.

7) La promoción del cumplimiento del programa en la entidad a través de los incentivos adecuados y de las medidas disciplinarias apropiadas por participar en una conducta delictiva o por no tomar medidas razonables para prevenir o detectar tales conductas delictivas.

La doctrina ha puesto de manifiesto la atención que estos programas deben prestar a las conductas de corrupción y, en concreto, a las que puedan derivar en una responsabilidad por un delito de corrupción privada<sup>1606</sup>. Como dato, cabe indicar que, entre las compañías del *ranking Fortune Global 200*, el

---

<sup>1606</sup> BACIGALUPO, E., «La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de *compliance*», en *Compliance y...*, ob. cit., págs. 95 a 122, esp. pág. 107; BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., págs. 168 a 172; HEINEMAN, Jr., B. W., «View from the inside - Robust anti-corruption programmes in a high-performance with high integrity global company», en *Global Corruption...*, ob. cit., págs. 81 a 83, esp. pág. 81; FUNK, T. M., y SINK, M., «Regulatory: U.S. Travel Act...», ob. cit.; ROGERS, H. L. y CRISHAM, E., «In FCPA Compliance, Don't Forget...», ob. cit.; FOWLER, M., «Beyond the FCPA: Commercial Bribery, the Travel Act, and Compliance», *FCPAméricas Blog*, 14 de mayo de 2013 (disponible en <http://fcpamericas.com/english/anti-corruption-compliance/beyond-the-fcpa-commercial-bribery-the-travel-act-and-compliance/#>; consulta julio 2013).

91% de los programas abordan la corrupción y el soborno, el 84% trata la aceptación de regalos y el 75% trata el ofrecimiento de regalos<sup>1607</sup>.

La necesidad de que los programas de *compliance* recojan normas concretas y específicas referidas a la corrupción privada se concibe como una de las medidas preventivas más eficaces para disuadir de la comisión de este delito tanto a los propios directivos y empleados, como a otros agentes del mercado y socios comerciales<sup>1608</sup>. En consecuencia, deben formar parte de su diseño y contenido<sup>1609</sup>.

## **2. DISEÑO DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE REFERIDO AL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA: PRINCIPIOS GENERALES**

Como ejemplo de los principios generales que sirven para diseñar un programa específicamente dirigido a prevenir la corrupción privada en el seno de una empresa contamos con los principios recogidos en *The Bribery Act 2010 Guidance*<sup>1610</sup>. Son seis:

1) Principio 1: Procedimientos proporcionales<sup>1611</sup>. Los procedimientos de una organización comercial para prevenir el delito deben ser proporcionales a los riesgos de soborno a los que se enfrenta, por la naturaleza, alcance y complejidad de sus actividades. Tales procedimientos deben ser claros, prácticos, accesibles y con una aplicación y cumplimiento efectivos.

De este principio se extraen las consecuencias siguientes:

---

<sup>1607</sup> *The Business Codes of the Fortune Global 200. What the largest companies in the world say and do*, KPMG Advisory N. V., 2014 (disponible en [http://www.rsm.nl/fileadmin/Images\\_NEW/PDF/The\\_Business\\_codes\\_of\\_the\\_Fortune\\_Global\\_200.pdf](http://www.rsm.nl/fileadmin/Images_NEW/PDF/The_Business_codes_of_the_Fortune_Global_200.pdf); consulta agosto 2015), pág. 17.

<sup>1608</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 169; RAAD, A. y WRIGHT, L., «Global Anti-Corruption...», ob. cit., pág. 10.

<sup>1609</sup> La doctrina ha indicado la dificultad que tiene elaborar tal programa cuando se trata de los delitos de corrupción. Se ha distinguido entre programas «meramente traslativos o especificativos» de una regulación pública (por ejemplo, en el caso del blanqueo de capitales), de aquellos otros que son «de desarrollo», como en el caso de los delitos de corrupción; LASCURAÍN, J. A., «Compliance, debido control y unos refrescos», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era...*, ob. cit., págs. 111 a 135, esp. pág. 130.

<sup>1610</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 20 a 43. En este apartado de la guía se explican los principios y se proporciona una serie de estudios de casos, basados en escenarios hipotéticos, para ilustrar sobre la aplicación de los principios en las organizaciones pequeñas, medianas y grandes.

<sup>1611</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 21 y 22.

1.1) La proporcionalidad entre procedimientos y riesgos de soborno supone que es indispensable una evaluación inicial de tales riesgos en toda la organización. En esa evaluación habrá que tener en cuenta: i) el tamaño de la organización; ii) la naturaleza y complejidad de su actividad; y iii) la clase y la naturaleza de las personas asociados con ella<sup>1612</sup>.

1.2) Los procedimientos establecidos para aplicar las políticas de prevención de corrupción en la organización deben ser diseñados para mitigar los riesgos evaluados e identificados, pero también para prevenir la conducta no ética deliberada por parte de las personas asociadas.

2) Principio 2: Compromiso del máximo nivel<sup>1613</sup>. La alta dirección de la organización comercial (ya se trate de un consejo de administración, de los propietarios o de cualquier otro organismo o persona equivalente) se debe comprometer en la prevención del soborno; así como fomentar una cultura dentro de la organización, en la que el soborno nunca sea aceptable.

Aquellos que ocupan la cúspide de la entidad están en la mejor posición para fomentar una cultura de integridad, donde el soborno se considere inaceptable.

De este principio se extraen las consecuencias siguientes:

2.1) Se debe contar con la participación de la alta dirección en la determinación de los procedimientos de prevención de la corrupción.

2.2) Sea cual sea el tamaño, estructura o ámbito de una organización comercial, debe constar un compromiso de la alta dirección en la prevención de soborno, considerando la lucha contra el soborno como una postura de la entidad.

3) Principio 3: Evaluación de riesgos<sup>1614</sup>. La entidad debe evaluar la naturaleza y el alcance de su exposición a los potenciales riesgos externos e internos de soborno. La evaluación debe ser periódica, previa información y documentada.

---

<sup>1612</sup> Evidentemente, esta es una tarea compleja, en la que influyen factores como la continua innovación, la globalización y la regulación estatal; pero este es uno de los grandes retos a los que se enfrenta una empresa: no lo es tanto reducir la complejidad, como aprender a dirigirla cuando es continuamente creciente. La función de un sistema de dirección no es la de reducir la complejidad de la empresa y su entorno, sino gestionar la que exista de manera adecuada; MIROW, M., «Retos a la estrategia...», ob. cit., págs. 5 y 6.

<sup>1613</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 23 y 24.

<sup>1614</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 25 y 26.

De este principio se extraen las consecuencias siguientes:

3.1) La entidad debe adoptar procedimientos continuos de evaluación de riesgos, que sean proporcionales al tamaño y estructura de la organización y a la naturaleza, magnitud y ubicación de sus actividades. A medida que evoluciona el negocio de una organización comercial, también lo harán los riesgos de soborno a los que se enfrenta y, por tanto, debe evaluar continuamente los mismos (por ejemplo, la evaluación de riesgos que se aplica a las operaciones internas no puede aplicarse cuando la entidad se incorpora a un nuevo mercado en otra parte del mundo).

3.2) Se debe prestar especial atención a una serie de riesgos que se consideran como «comunes o usuales». Son los siguientes: i) riesgos derivados de la situación de un país; ii) riesgos sectoriales, en la medida en que algunos sectores de actividad empresarial son más proclives al soborno que otros; iii) riesgos relacionados con la operación de negocio concreta; iv) riesgos relacionados con las oportunidades de negocio, que pueden surgir en proyectos de alto valor o con proyectos que involucren a muchos contratistas o intermediarios; y v) riesgos derivados de la colaboración empresarial con otras entidades.

4) Principio 4: Diligencia debida<sup>1615</sup>. La entidad debe aplicar procedimientos de diligencia debida en la selección de las personas que realizan o realizarán los servicios para o en nombre de la organización, con el fin de mitigar los riesgos de soborno identificados.

De este principio se extraen las consecuencias siguientes:

4.1) Se debe recabar la oportuna información sobre los antecedentes, conocimientos y experiencia empresarial de las personas con las que se entablan relaciones comerciales<sup>1616</sup>.

4.2) La entidad debe desplegar en sus procedimientos de contratación y de recursos humanos un nivel apropiado de debida diligencia para mitigar los riesgos de soborno relativos a sus propios empleados y que sea proporcional al riesgo asociado con el puesto en cuestión.

---

<sup>1615</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 27 y 28.

<sup>1616</sup> Véase «The Role of Due Diligence in Anti-Corruption Compliance», *ethixbase* (disponible en <http://ethixbase.com/whitepaper-the-role-of-due-diligence-in-anti-corruption-compliance/>; consulta agosto 2015), *passim*.

5) Principio 5: Comunicación (incluida la formación) <sup>1617</sup> . La entidad debe garantizar que sus políticas y procedimientos de prevención del soborno se instauran y son comprendidos por toda la organización, a través de la comunicación interna y externa (incluida la formación), que debe ser proporcional a los riesgos a los que se enfrenta.

De este principio se extraen las consecuencias siguientes:

5.1) Las comunicaciones internas se deben centrar en la aplicación de las políticas y procedimientos de la organización y las consecuencias para los empleados. Dichas comunicaciones debe hacer mención específica a áreas como: la toma de decisiones, el control financiero, la hospitalidad y los gastos de promoción y las donaciones caritativas y políticas; así como a las sanciones por incumplimiento de las normas.

5.2) Las comunicaciones externas de las políticas de prevención de la corrupción se pueden llevar a cabo a través de una declaración o de la publicación de un Código Ético o de conducta. Estas comunicaciones pueden incluir información sobre los procedimientos de prevención del soborno; controles, sanciones y resultados de encuestas internas; así como las reglas que rigen la contratación, adquisición y licitación.

5.3) Es preciso desarrollar actividades formativas para las personas relacionadas con un riesgo de soborno, con el objetivo de garantizar que entiendan cuáles son las políticas y procedimientos pertinentes y que significan en la práctica para ellas.

6) Principio 6: Seguimiento y revisión<sup>1618</sup>. Las entidades deben seguir y revisar los procedimientos diseñados para prevenir el soborno y realizar las mejoras en ellos que sean necesarias.

Si los riesgos de soborno a los que se enfrenta una organización comercial pueden cambiar con el tiempo, también deben cambiar los procedimientos necesarios para prevenirlos.

En definitiva, cabe decir que los principios que deben regir un programa de compliance son: i) liderazgo, el programa debe ser diseñado y adoptado por la alta dirección de la empresa; ii) análisis de riesgo; iii)

---

<sup>1617</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 29 y 30.

<sup>1618</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., pág. 31.

establecimiento de procedimientos y controles en la entidad; iv) comunicación y formación; y v) seguimiento, auditoria y respuesta<sup>1619</sup>.

### **3. REGLAS Y NORMAS ESPECÍFICAS DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE REFERIDO A LA CORRUPCIÓN PRIVADA**

#### **1. En general**

El programa citado debe contar con especiales y específicas normas y reglas que permitan prevenir, detectar y perseguir dentro de la empresa la realización de tales conductas. Sin ánimo de exhaustividad, podemos señalar que su contenido debe hacer mención a aspectos como los siguientes<sup>1620</sup>:

##### **1) Prohibición general de todo acto o forma de corrupción privada**

Además de las especiales normas de conducta y normas corporativas internas tendentes a prevenir la corrupción en el sector privado resulta conveniente establecer de manera independiente el principio de prohibición general de toda práctica de favorecimiento y corrupción en el sector privado<sup>1621</sup>.

##### **2) Medidas preventivas.**

2.1) Definición de responsabilidades. Supone la determinación de la persona o autoridad dentro de la empresa que se encarga de las gestiones y asume la responsabilidad en los sectores de actividad y negocios en los que existen riesgos de soborno: contratos, permisos, licencias, etc.

---

<sup>1619</sup> Cfr. JIMÉNEZ-GUSI, R., «Cómo limitar la responsabilidad penal de la persona jurídica: los cinco elementos esenciales de un programa de *Corporate Compliance*», *Comunicaciones en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia*, nº 63, julio-septiembre, 2011, págs. 167 a 173, *passim*.

<sup>1620</sup> Cfr., ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., págs. 11 a 16, y ARGANDOÑA, A., «Las empresas ante la corrupción», Documento de investigación nº 392, *IESE*, junio, 1999, *passim*; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., págs. 58 a 66; VINCKE, F., HEINMANN, F. y KATZ, R. (Editores), *Fighting Bribery. A Corporate Policies Manual*, International Chamber of Commerce, París, 1999; OSIFO, C., «Combating Bribery as an Issue of Different Dimensions», *Proceedings of the University of Vaasa*, Working Papers 5, 2012; GIAVAZZI, S., COTTONE, F. y DE ROSA, M., «The ABC Model: The General Framework for an Anti-Bribery Compliance Program», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (Editores), *Preventing Corporate Corruption...*, ob. cit., págs. 111 a 124; CANNON, M. L. y SMITH, R. C., «US Foreign Corrupt Practices...», ob. cit., págs. 97 a 99; SIEBER, U., «Los programas de *compliance*...», ob. cit., págs. 74 a 76.

<sup>1621</sup> Véase *Principios de transparencia y prevención de la corrupción para las empresas* Transparency International España (disponible en [http://webantigua.transparencia.org.es/principios\\_transparencia\\_para\\_empresas/principios\\_de\\_transparencia\\_empresas\\_version\\_completa.pdf](http://webantigua.transparencia.org.es/principios_transparencia_para_empresas/principios_de_transparencia_empresas_version_completa.pdf); consulta agosto 2015), págs. 10 y 11; cfr. BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa...*, ob. cit., pág. 69.



2.2) Establecimiento de criterios de contratación. Se han de referir a la elección de proveedores, clientes, consultores, etc., en función de su calidad, precio, prestigio, servicio a la empresa y otros factores. Esos criterios deberán ser conocidos también por tales proveedores o clientes para que conozca quién negocia con ellos, quién toma las decisiones que les conciernen y conforme a qué parámetros de decisión actúa.

2.3) Determinación de los requisitos en la selección, contratación y supervisión de las personas externas a la entidad que presten servicios a la compañía (agentes, consultores, distribuidores y socios de negocios).

2.4) Regulación de determinados aspectos o actividades proclives a enmascarar actos corruptos.

Se trata de aspectos como: i) las donaciones a instituciones caritativas, culturales o benéficas<sup>1622</sup>; ii) el ofrecimiento o aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción (obsequios, invitaciones, etc.); iii) el establecimiento de criterios estrictos sobre la aprobación de gastos, incluyendo todo tipo de ellos (también las atenciones a clientes, gastos de viaje, etc.), que deberán contar con el respaldo de la documentación necesaria (facturas, billetes, etc.); y iv) la limitación del anonimato: los directivos y empleados deben dar a conocer siempre su identidad a las personas con las que se relacionan en nombre de la empresa.

En este ámbito es deseable el establecimiento de una instancia encargada de despejar las dudas que los empleados tengan sobre las diversas cuestiones que se les planteen en sus relaciones con terceros o a la que puedan pedir consejo sobre cómo actuar en una situación determinada. Y a la que se puedan dirigir de manera rápida y con flexibilidad<sup>1623</sup>. Incluso puede estar abierta a otros sujetos relacionados con la entidad, aunque no formen parte de ella<sup>1624</sup>.

Esa instancia puede residenciarse en el superior jerárquico correspondiente, si bien también es posible que se trate de una especie de

---

<sup>1622</sup> Cfr. CASSIN, R. L., «How do pharmas pay bribes? The SEC counts the ways», *The FCPA Blog*, 3 de marzo de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/3/3/how-do-pharmas-pay-bribes-the-sec-counts-the-ways.html>; consulta agosto 2015).

<sup>1623</sup> Por ejemplo, la cadena estadounidense de almacenes *BJ's Wholesale Club* cuenta con una línea telefónica gratuita y disponible las 24 horas del día, así como con una página web (<https://bjsalertline.com>). Esta cadena tiene más de 200 establecimientos en 15 estados.

<sup>1624</sup> Como es el caso de IKEA, que cuenta con una dirección de *email* al efecto ([so.compliancecommittee.es@ikea.com](mailto:so.compliancecommittee.es@ikea.com)) a disposición de sus proveedores.

«defensor del empleado» u *ombudsman*; que permita la expresión de la opinión de los empleados, de forma que sus inquietudes sean tratadas de manera profesional, equitativa y rápida y estén prohibidas las represalias<sup>1625</sup>.

2.5) Instauración de un sistema de procedimientos de control interno bancarios y financieros, así como de control de la contabilidad, para asegurar el mantenimiento de los libros, registros y cuentas de manera precisa.

En este ámbito hay que prestar especial atención a aspectos como<sup>1626</sup>: i) las operaciones de pago a proveedores o individuos en países de alto riesgo; ii) identificar las operaciones de pago que contengan palabras sospechosas en campos identificados (por ejemplo, descripción o comentarios), tales como: regalos, servicios prestados o dinero en efectivo; iii) identificar a los empleados que superen un número determinado de transacciones en concepto de gastos en efectivo; iv) identificar los proveedores que realizan varios cambios de número de cuenta bancaria dentro de un período de tiempo determinado; v) identificar las órdenes de compra en las que el importe total de pago sea mayor que la cantidad total de la orden de compra; vi) identificar las facturas en las que su importe sea superior al valor de las mercancías recibidas; vii) identificar pagos sucesivos realizados por el mismo empleado para el mismo proveedor, cuando están por debajo del umbral del límite máximo de pago autorizado (pagos de *split*).

2.6) Instauración de mecanismos de denuncia interna, para que el personal de la empresa pueda poner en conocimiento prácticas corruptas dentro de la empresa o por parte de personas ajenas a la misma. También debe prever la posibilidad de que la denuncia pueda ser recibida desde el exterior de la empresa (por parte de un proveedor, cliente o incluso un competidor)<sup>1627</sup>.

2.7) Desarrollar actuaciones que doten de transparencia a la gestión empresarial en este ámbito, poniendo en conocimiento de sus empleados, proveedores y el público en general cuáles son las reglas y medidas adoptadas al respecto, así como las consecuencias que puede suponer la realización de un acto corrupto (por ejemplo, la resolución del contrato con un proveedor).

---

<sup>1625</sup> HEINEMAN, Jr., B. W., «View from the inside...», ob. cit., pág. 82; ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág.14; *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., pág. 29.

<sup>1626</sup> Cfr. *TOP 10 Anti-Bribery Analytics*, ACL, 2013 (disponible en [http://www.acl.com/pdfs/Top\\_10\\_FCPA\\_Analytics.pdf](http://www.acl.com/pdfs/Top_10_FCPA_Analytics.pdf); consulta agosto 2015).

<sup>1627</sup> Sobre esta materia, CHEVARRÍA, F. y SILVESTRE, M., *Sistemas de denuncias y de protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa*, Colección Documentos de Trabajo nº 2, EUROsociAL, Madrid, 2013, *passim*.

2.8) Establecimiento de métodos de supervisión y control. La empresa debe dedicar medios (materiales y personales) al control del cumplimiento de las medidas y reglas instauradas.

Dependiendo de la estructura de la empresa, el sistema de supervisión puede ser interno (con especial relevancia del *compliance officer*) o se puede instaurar un mecanismo de auditoría externa.

2.9) Formación a los directivos y empleados sobre en qué consiste el problema de la corrupción, cuáles son las razones para rechazarla y cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma.

### 3) Medidas correctoras.

3.1) Establecimiento de procedimientos internos para la determinación de responsabilidades por actuaciones corruptas, con la imposición de las correspondientes sanciones. En este ámbito, se desarrollan las llamadas «investigaciones internas».

3.2) Medidas de restitución. Se debe fijar el criterio de que la empresa devolverá siempre los pagos ilícitos y resarcirá a los perjudicados por sus actuaciones corruptas.

Sin perjuicio de que es posible incluir otras reglas y normas añadidas a las anteriores, gran parte de ellas se pueden aplicar a la prevención de cualquier clase de delito en el seno de la empresa. Por ello, hemos de centrarnos en aspectos que guardan relación directa y específica con el delito de corrupción privada, como son: i) la prohibición general de todo acto o forma de corrupción privada; ii) la obligación de transparencia; iii) las investigaciones internas; y iv) el ofrecimiento y aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción.

## **2. Prohibición general de todo acto o forma de corrupción privada**

### **2.1. En general**

En el programa de *compliance* debe constar una declaración de voluntad de la alta dirección de la empresa sobre el propósito de cumplir la legalidad, prohibiendo estrictamente, en todos los niveles de la entidad, toda forma de corrupción, activa o pasiva, sin distinción de origen, destino o

cuantía<sup>1628</sup>; y que debe incluir la prohibición de todo acto o forma de soborno en el ámbito privado<sup>1629</sup>. La declaración expresa de este principio muestra cuál es la postura de la entidad al respecto y el compromiso de la alta dirección en la prevención del soborno. Ello es especialmente relevante en el caso de la corrupción entre particulares: igual que es de general conocimiento que no cabe sobornar a un funcionario público, debe desterrarse la idea de que la corrupción privada no es más que un comportamiento poco ético, pero tolerable porque se realiza en pro de la entidad (se soborna para conseguir oportunidades de negocio entre personas privadas)<sup>1630</sup>.

En este punto, es ilustrativa la manera en que esta prohibición general se formula en las *Reglas de la Cámara de Comercio Internacional para Combatir la Corrupción*, cuyo artículo 1 indica lo siguiente<sup>1631</sup>:

#### «Artículo 1. Prácticas Prohibidas

Las empresas prohibirán las siguientes prácticas en todo momento y en cualquier forma, en relación con:

(...) directores, funcionarios o empleados de una empresa.

con independencia de que estas prácticas se lleven a cabo de forma directa o indirecta, incluyendo la intervención de terceros:

a) Soborno: es el ofrecimiento, promesa, autorización o aceptación de cualquier dádiva monetaria indebida o de cualquier otro beneficio o ventaja para, a través de, o llevada a cabo por cualquiera de las personas anteriormente indicadas, o cualquier otra persona,

---

<sup>1628</sup> ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., pág. 12, y ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 23; HEINEMAN, Jr., B. W., «View from the inside...», ob. cit., pág. 81; RAAD, A. y WRIGHT, L., «Global Anti-Corruption... », ob. cit., pág. 10; CANNON, M. L. y SMITH, R. C., «US Foreign Corrupt Practices...», ob. cit., pág. 97.

<sup>1629</sup> GIAVAZZI, S., COTTONE, F. y DE ROSA, M., «The ABC Model...», ob. cit., pág. 124.

<sup>1630</sup> Sobre esta forma de razonar, véase SHU, X., «Contagion Effect of... », ob. cit., págs. 235 a 242, *passim*.

<sup>1631</sup> *ICC Rules on Combating Corruption*, edición 2011 (disponible en <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2011/ICC-Rules-on-Combating--Corruption/>), pág. 5. Estas reglas son una muestra de la preocupación de organismos, tanto públicos como privados, en establecer criterios que permitan a las empresas adecuar su actividad de acuerdo con las normas internacionales e internas y desarrollar programas de *compliance* efectivos. Otras reglas sobre la materia son: *ICC Anti-corruption clause*, *ICC Fighting Corruption Handbook*, *ICC Third Party Guidelines*, *ICC Guidelines on Whistleblowing*, *ICC Guidelines on Gifts and Hospitality*, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, *OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, *Business Principles for Countering Bribery (Transparency International)*, *PACI Principles for Countering Bribery o Fighting Corruption through Collective Action (World Bank Institute)*.

con el fin de obtener o retener un negocio o cualquier otro beneficio o ventaja inapropiada (...)).».

La proclamación de esta prohibición debe comunicarse interna y externamente. Dentro de la entidad, una declaración formal debidamente comunicada puede ser muy eficaz en el establecimiento de una cultura antisoborno<sup>1632</sup>. A efectos de su difusión interna y externa, puede ser útil la publicación de un Código Ético o de conducta.

## 2.2. Los Códigos Éticos

Estos códigos recogen los principios éticos que han de presidir el comportamiento de todos los miembros de una empresa, basado en el principio de integridad, y constituyen uno de los instrumentos más relevantes actualmente en la implementación de los principios rectores del buen gobierno y autorregulación de la actividad empresarial y del establecimiento de la cultura empresarial referente para la empresa y sus trabajadores<sup>1633</sup>.

Actualmente, la finalidad que se pretende obtener con los programas de *compliance* no puede desligarse de la necesidad de que las reglas de organización y gestión de las empresas trasciendan del ámbito de control de legalidad y alcancen también aspectos éticos, referidos a la forma y métodos con que realizan sus negocios; por lo que tales programas también pueden recoger reglas de tal clase o no es extraño que las empresas cuenten a la vez con un Código Ético y un programa de *compliance*<sup>1634</sup>. En realidad, la lucha contra la corrupción forma parte de la denominada responsabilidad social corporativa, de modo que para lidiar con los riesgos y costes de la corrupción, la empresa necesita establecer tanto una cultura ética corporativa como implementar una estrategia anticorrupción, desde el punto de vista normativo<sup>1635</sup>.

Ahora bien, un código ético no puede hacer que las personas o las empresas observen principios éticos por su mera existencia. El solo hecho de declarar la voluntad de luchar contra la corrupción puede no ser suficiente, por lo que tal voluntad ha de reflejarse en las decisiones empresariales; particularmente en las decisiones internas relativas a ascensos, promociones,

---

<sup>1632</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., pág. 23.

<sup>1633</sup> Véase, *Principios de transparencia y prevención...*, ob. cit., págs. 5 y 6; cfr. BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa...*, ob. cit., págs. 67 y 68.

<sup>1634</sup> BACIGALUPO, E., «La prevención de riesgos... », ob. cit., pág. 27.

<sup>1635</sup> Cfr., ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra... », ob. cit., pág. 21.

premios y distinciones de empleados o directivos<sup>1636</sup>. En este punto, nos parecen especialmente importantes las siguientes reglas:

1) Han de establecerse mecanismos de evaluación que permitan la promoción y mejora de las condiciones de los empleados o directivos no sólo por el desempeño de su actividad, sino también por su desempeño con integridad<sup>1637</sup>.

En este sentido, las *Reglas de la Cámara de Comercio Internacional para Combatir la Corrupción*<sup>1638</sup> (artículo 8) indican que las empresas deben asegurarse de que las prácticas de recursos humanos, incluyendo el reclutamiento, promoción, entrenamiento, evaluación del desempeño, remuneración, reconocimiento y ética comercial en general, reflejen sus previsiones de comportamiento ético.

2) Se debe evitar la promoción de empleados que no obedecen o respetan el código ético de la empresa<sup>1639</sup>. El infractor del código no debe ser premiado, sino sancionado por ello, con independencia de cuáles sean los resultados u objetivos obtenidos por el mismo.

3) Las empresas deben vigilar que sus políticas internas, búsqueda de objetivos comerciales y programas de crecimiento no supongan una presión excesiva sobre el personal, de manera que se vea abocado a realizar conductas de soborno para obtener los resultados esperados<sup>1640</sup>. Las previsiones poco realistas o agresivas de crecimiento futuro pueden suponer objetivos que, en realidad, son inalcanzables y exponen a la empresa a riesgos significativos de soborno por parte de sus propios empleados<sup>1641</sup>.

---

<sup>1636</sup> ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., págs. 11 y 12, y ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra...», ob. cit., pág. 23.

<sup>1637</sup> HEINEMAN, Jr., B. W., «View from the inside...», ob. cit., pág. 82; BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 170.

<sup>1638</sup> *ICC Rules on Combating...*, ob. cit., pág. 9.

<sup>1639</sup> ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra...», ob. cit., pág. 26.

<sup>1640</sup> TAYLOR, A., «Does competition cause corruption?», *The FCPA Blog*, 22 de junio de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/6/22/alison-taylor-does-competition-cause-corruption.html>; consulta agosto 2015).

<sup>1641</sup> El informe *Fraud and corruption-the easy option for growth? Europe, Middle East, India and Africa Fraud Survey 2015* (disponible en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/\\$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf); consulta agosto 2015), elaborado tras una encuesta a 3.800 directivos de empresa en 38 países, señala que el 60% de los encuestados entendía que está bajo presión constante para buscar nuevas oportunidades de negocio y que el 31% lo estaba para expandirse en mercados de alto riesgo. En la búsqueda de esas nuevas oportunidades de negocios se percibe en el informe citado una propensión a aceptar el soborno como medio aceptable y cuando se preguntó si ofrecer un soborno era justificable para ayudar a

También se debe evitar una cultura de bonificaciones que recompense la toma de riesgos excesivos por el personal de la empresa<sup>1642</sup>.

4) La cultura de integridad debe ser uniforme y global: tiene que aplicarse en todos los países y no debe doblegarse ante las prácticas corruptas locales, incluso si esto significa perder oportunidades comerciales en el corto plazo<sup>1643</sup>.

Las *Reglas de la Cámara de Comercio Internacional para Combatir la Corrupción* (artículo 8) indican que ningún empleado debe sufrir represalias o discriminación o sanción disciplinaria por negarse a participar en actos de corrupción, aun cuando dicha negativa represente una pérdida comercial para la empresa<sup>1644</sup>.

5) Es preciso comunicar al personal de la empresa no solo la existencia del código en sí, sino también los resultados de su aplicación práctica, para que sea consciente de la efectividad del mismo<sup>1645</sup>. Aunque la efectividad de los Códigos Éticos es discutida, ya que los estudios realizados muestran resultados divergentes, es factible que resulten contraproducentes si el propio personal de la empresa los percibe como una «mera fachada»<sup>1646</sup>.

### 3. La obligación de transparencia

La posibilidad de dotar de transparencia a los procedimientos y actuaciones empresariales en materia de prevención de la corrupción es un mecanismo deseable y como tal debe ser recogido en el programa de *compliance*.

Esta necesidad de transparencia se ha convertido en obligación para determinadas empresas en el ámbito de la Unión Europea, desde la promulgación de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva

---

una empresa a sobrevivir, más del 50% de los encuestados se mostró de acuerdo (*Fraud and corruption-the easy option...*, ob. cit., págs. 4 y 5).

<sup>1642</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., pág. 26.

<sup>1643</sup> HEINEMAN, Jr., B. W., «View from the inside...», ob. cit., pág. 82; TAYLOR, A., «Does competition...», ob. cit.

<sup>1644</sup> *ICC Rules on Combating...*, ob. cit., pág. 9.

<sup>1645</sup> BOLES, J., «Examining the Lax...», ob. cit., pág. 171.

<sup>1646</sup> Cfr. KAPTEIN, M. y SCHWARTZ, M., «The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model», *Journal of Business Ethics*, vol. 77, nº 2, 2008, págs. 111 a 127, esp. págs. 119 y 120.

2013/34/UE, en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

Se trata de las grandes empresas que sean entidades de interés público (art. 19 bis de la Directiva 2013/34/UE) y de las entidades de interés público que sean empresas matrices de un gran grupo (art. 29 bis de la Directiva 2013/34/UE) que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio. En tal caso, incluirán en el informe de gestión (o en el informe de gestión consolidado, respectivamente) un estado no financiero (o un estado no financiero consolidado, respectivamente) que contenga información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno.

Ese estado no financiero debe incluir: i) una breve descripción del modelo de negocio de la empresa; ii) una descripción de las políticas que aplica la empresa en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados; iii) los resultados de esas políticas; iv) los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades de la empresa, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo la empresa gestiona dichos riesgos; y v) indicadores clave de resultados no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta.

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido a más tardar el 6 de diciembre de 2016, para que las empresas procedan a su cumplimiento a partir de 2017 (art. 4 de la Directiva 2014/95/UE).

Esta medida se aprueba porque, además de la información financiera, cada vez es más importante otro tipo de información distinta, que se refiera a aspectos sociales, medioambientales y de ética empresarial, para establecer el verdadero valor y solvencia de una entidad, así como los riesgos no financieros a los que se pueden enfrentar los inversores, proveedores y clientes de tales entidades. Tal información es sustancial para contratar con ellas.



Las reglas se aplicarán a determinadas grandes empresas con más de 500 empleados. Lo que incluye a las empresas que cotizan en bolsa, así como otras entidades de interés público, tales como bancos, compañías de seguros y otras empresas que se designen por los Estados miembros a causa de su actividad, tamaño o número de empleados. Según estimaciones de la propia Unión Europea<sup>1647</sup>, el alcance de esta obligación incluye aproximadamente a 6.000 grandes empresas y grupos de toda la Unión Europea.

#### 4. Las investigaciones internas

##### 4.1. Cuestiones generales

Un adecuado programa de *compliance* debe contener la necesidad de realizar investigaciones internas para detectar conductas de corrupción. Las empresas deben centrarse tanto en la prevención del delito como en su detección. De hecho, no podrá prevenir un delito si no sabe si está sucediendo o no y de qué manera, lo que le permitirá utilizar la experiencia vivida para prevenirlo en el futuro. Por ello, constituyen un factor fundamental en la defensa de la empresa frente a una posible responsabilidad penal<sup>1648</sup>.

Estas investigaciones plantean numerosas e interesantes cuestiones, que se refieren a la comisión de cualquier conducta y no exclusivamente a la corrupción privada<sup>1649</sup>. Entre otras, podemos citar las siguientes: cuál es su regulación legal y régimen jurídico, qué derechos tienen las personas investigadas, cómo se cohonestan estos derechos con los de la propia persona

---

<sup>1647</sup> «Non-Financial Reporting», Comisión Europea (disponible en [http://ec.europa.eu/finance/accounting/non-financial\\_reporting/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/accounting/non-financial_reporting/index_en.htm); consulta agosto de 2015).

<sup>1648</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», *Diario La Ley*, n° 8031, 26 de febrero de 2013, pág. 1.

<sup>1649</sup> La bibliografía específica sobre esta materia es ingente. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar: KNIERIM, T., «Erfordernisse und Grenzen der "internal investigations"», en ROTSCH, T. (Editor), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2001; KNIERIM, T., RÜBENSTAHL, M. y TSAMBIKAKIS, M. (Editores), *"Internal investigations". Ermittlungen im Unternehmen*, 2013; WEWERKA, F., *"Internal investigations". Private Ermittlungen im Spannungsfeld von strafprozessualen Grundsätzen und Anforderungen eines globalisierten Wirtschaftsstrafverfahrens; eine Problemanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Falles Siemens*, 2012. También WEBB, D. K., TARUN, R. W. y MOLO, S. F., *Corporate Internal Investigations*, 1993; SPENCER, K. H., *Internal Investigations: A Basic Guide Anyone Can Use*, 2009; MCNEIL, B. F. y BRIAN, B. D., *Internal Corporate Investigations*, 2007; y SPEHL, S. y GRÜTZNER, T., *"Corporate Internal investigations"*, 2012.

En castellano, MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 40, agosto de 2013; y MOOSMAYER, K., «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales» (traducción de Adán Nieto Martín del original Moosmayer, K. y Hartwig, N., *Interne Untersuchungen*, 2012, págs. 1 a 6), en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era...*, ob. cit., págs. 137 a 144.

jurídica, cuáles son sus fases procedimentales, si es constitucionalmente válido que se inicien con base en una denuncia anónima o si existe la obligación para las empresas de facilitar a las autoridades el resultado obtenido.

En cuanto a su régimen legal y procedimiento, el empresario vendría a actuar en una función de «policía privada o empresarial» y en el marco de su programa de *compliance*<sup>1650</sup>. Ello supone que es la propia empresa la que «ostenta el señorío» de la investigación: decide su inicio y finalización, adopta la decisión de fondo y estima si procede o no colaborar con las autoridades<sup>1651</sup>.

Establecer un *iter* concreto de las investigaciones internas es sumamente complicado, si tenemos en cuenta que deben adaptarse a las características de cada empresa, su sector de actividad, operaciones negocials concretas, país en el que suceden los hechos y a las condiciones y circunstancias de los propios sujetos implicados y los hechos ocurridos<sup>1652</sup>.

En cualquier caso, cabe esbozar las siguientes líneas generales<sup>1653</sup>:

1) La empresa tiene la obligación de investigar las denuncias sobre posibles comportamientos irregulares de un subordinado. Esta obligación no está impuesta legalmente, pero resulta de que las entidades están compelidas fácticamente a ella.

2) En el comienzo de la investigación interna deben analizarse las relaciones presentes o futuras con las autoridades estatales competentes. En este sentido, es esencial respetar la prioridad de las investigaciones públicas.

3) Las investigaciones internas deben respetar los derechos y garantías de los trabajadores reconocidas por el Derecho laboral, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad. Lo que supone determinar hasta dónde llega el alcance de la investigación en el caso del control e intervención de medios informáticos y electrónicos del personal de la empresa, como se tratará posteriormente.

---

<sup>1650</sup> BACIGALUPO, E., «Problemas penales del control...», ob. cit., pág. 1.

<sup>1651</sup> MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones...», ob. cit.

<sup>1652</sup> En este punto, la *FCPA Guide* se limita a decir: «Una vez que se haga una denuncia, las empresas deben contar con un proceso eficiente, fehaciente y adecuadamente dotado económicamente para la investigación de la denuncia y la documentación de la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas tomadas» (*FCPA. A Resource Guide...*, ob. cit., págs. 61 y 62).

<sup>1653</sup> MOOSMAYER, K., «Investigaciones internas....», ob. cit., *passim*.

4) Las investigaciones internas debe respetar la legislación sobre protección de datos personales.

5) Debe establecerse qué sujetos van a intervenir en la investigación. En este caso, una cuestión esencial y que debe decidirse, en primer lugar, es la relativa a si la investigación interna debe realizarse con los recursos propios de la empresa o es necesario contar con ayuda externa<sup>1654</sup>.

6) Las diversas fases del procedimiento de investigación, así como las personas que intervienen en la misma, deben constar en el programa de *compliance* o en el Código ético o de conducta de la entidad. El establecimiento de un código procedimental contribuye significativamente a garantizar la transparencia de las prácticas, del mismo modo que permite delinear con claridad los roles que asumirá cada parte en la investigación<sup>1655</sup>.

7) La investigación interna debe cohonestarse con el derecho de la entidad a salvaguardar sus secretos industriales y comerciales.

8) Es preciso dar transparencia al desarrollo del procedimiento de investigación a través de la publicación y difusión entre los empleados de sus notas fundamentales. Si bien salvaguardando la propia seguridad y eficacia de la misma y, sobre todo, los derechos de los empleados investigados<sup>1656</sup>.

De las múltiples cuestiones que plantean este tipo de investigaciones, hemos de centrarnos en dos: i) hasta dónde pueden llegar los métodos de investigación empleados y, en concreto, si cabe el control, intervención y registro de medios informáticos y electrónicos del personal de la empresa; y ii) qué debe hacer la entidad con el resultado de la investigación y, en concreto, si está obligada o no a comunicarlo a las autoridades.

## **4.2. Control, intervención y registro de medios informáticos y electrónicos del personal de la empresa**

### **4.2.1. Introducción**

---

<sup>1654</sup> En la elección entre una u otra manera de afrontar la investigación ha surgido un factor a tener muy en cuenta: el alcance de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, al que luego nos referiremos.

<sup>1655</sup> MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones...», ob. cit.

<sup>1656</sup> Precisamente, una de las cuestiones aún no cerradas es si y en qué medida las garantías penales clásicas (como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia o no autoinculpación) pueden transferirse a estos sistemas privados de investigación y sanción; SIEBER, U., «Los programas de *compliance*...», ob. cit., pág. 102.

El control, intervención y registro de los medios informáticos y electrónicos que el personal de la empresa tiene a su disposición es una materia delicada, en la medida en que confluyen en ella cuestiones de índole constitucional, penal, laboral y procesal<sup>1657</sup>. Estas medidas suelen ser necesarias y eficaces en la determinación de los hechos cometidos por el empleado o directivo investigado, pero afectan a los derechos al secreto de las comunicaciones o al de la intimidad<sup>1658</sup>. En efecto, el uso generalizado de medios como el correo electrónico ha puesto de manifiesto la existencia de problemas jurídicos de muy diversa índole y el intercambio de información a través de las redes telemáticas presenta implicaciones tanto de naturaleza sustantiva como procesal<sup>1659</sup>.

La relevancia que el acceso a estos medios tiene en el ámbito de los derechos indicados ha sido señalada por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así, en SSTs, Sala 2ª, nº 342/2013, de 17 de abril, y nº 246/2014, de 2 de abril, ha indicado:

«(...) El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la

---

<sup>1657</sup> BACIGALUPO, E., «Problemas penales del control...», ob. cit., pág. 1.

<sup>1658</sup> Sobre la protección penal de la intimidad, GÓMEZ PAVÓN, P., *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal/iure, Madrid, 1989, *passim*.

<sup>1659</sup> Véase, por todos, MARCHENA GÓMEZ, M., «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Diario La Ley*, nº 6475, 4 de mayo de 2006, *passim*.

información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

(...) La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital».

En consecuencia, hemos de plantearnos si el empresario puede efectuar una injerencia en los medios informáticos y electrónicos que él pone a disposición del personal de su empresa en el desarrollo de la investigación interna. La cuestión ha suscitado un gran debate en nuestro ordenamiento, que se ha visto avivado a raíz de la STC nº 170/2013, de 7 de octubre.

#### **4.2.2. La posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**

En esta materia, en el ámbito laboral, ha de partirse de lo dispuesto en los arts. 18 y 20 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 18 ET indica:

«Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible».

A su vez, el art. 20, números 1 y 3, señalan:

«1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.

(...) 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso».

En el ámbito laboral, el ordenador se ha convertido en un medio de control de la prestación de trabajo, pero también del propio trabajador. El empresario puede utilizar el ordenador como medio de seguimiento de la prestación laboral (por ejemplo, grabando el número de pulsaciones por minuto que el trabajador efectúa sobre el teclado), de manera que éste es un «control informático» del trabajo. Pero también el ordenador se puede usar como medio de «investigación electrónica» sobre el propio trabajador, para observar sus acciones, incluso por razones distintas a las derivadas del desarrollo de su prestación (por ejemplo, mediante la revisión del correo electrónico de un trabajador a la búsqueda de posibles indicios de delito)<sup>1660</sup>.

Surge, entonces, un conflicto entre las facultades del empleador y los derechos del empleado, especialmente la intimidad y el secreto de las comunicaciones (uso del correo electrónico, «navegación» por internet o acceso a determinados archivos personales del ordenador), en la medida en que existe

---

<sup>1660</sup> Sobre ambas posibilidades de uso, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 138 a 142.

una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa<sup>1661</sup>. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador -como sucede también con las conversaciones telefónicas en la empresa- y de la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la misma. Pero, al ser posible tanto el uso laboral como el personal, la confusión de usos genera el problema: al controlar lo laboral, se procede también a controlar lo personal<sup>1662</sup>.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS, Sala 4ª, de 26 septiembre 2007 y de 8 de marzo de 2011<sup>1663</sup>) venía resolviendo el conflicto conforme a las reglas siguientes:

1) Los medios indicados son propiedad de la empresa y ésta los facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario, conforme al art. 20.3 ET.

2) El art. 20.3 ET refiere un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde «en su adopción y aplicación la consideración debida» a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto al derecho a la intimidad.

3) Debe aceptarse la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida.

4) Tal expectativa no puede convertirse en un impedimento permanente del control empresarial<sup>1664</sup>.

---

<sup>1661</sup> Este conflicto no sólo se plantea en relación con el uso de ordenadores, sino también con el uso de otras tecnologías como las grabaciones videográficas, localizadores GPS, etiquetas de radiofrecuencia, controles biométricos e, incluso, análisis genéticos; véase, con más detalle, SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «El control del uso laboral del ordenador por parte del empresario: la consolidación del criterio doctrinal iniciado por el TS. A propósito de la STS de 8 de marzo de 2011, R. 1826/2010», *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, número 90, 5ª época, 2011, págs. 61 a 68, esp. págs. 62 y 63.

<sup>1662</sup> DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático...*, ob. cit., pág. 141.

<sup>1663</sup> Sobre ambas, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático...*, ob. cit., págs. 158 a 162; y SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «El control del uso laboral...», ob. cit., *passim*.

<sup>1664</sup> Control que no tiene por qué ceñirse sólo al ámbito disciplinario, relacionado con el despido laboral; sino que también puede tener por objeto el conocimiento de la forma en que se

5) En consecuencia, la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe debe actuar de la siguiente manera:

5.1) Debe establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales-.

5.2) Debe informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

6) Si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad.

7) Estas medidas son aplicables tanto a las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico, como a los archivos personales del trabajador que se encuentren en el ordenador.

Resumiendo esta doctrina<sup>1665</sup>, no resultará necesario recabar el consentimiento de los empleados para la vigilancia y control de tales medios si el empresario facilita al trabajador información clara y precisa sobre dos extremos: i) los medios técnicos proporcionados por la empresa deben destinarse exclusivamente a tareas profesionales; y ii) el uso de tales medios no puede dedicarse a fines particulares.

Siendo esta la doctrina general, alguna sentencia posterior ha indicado que no es necesaria la previa información en algunos casos. Es el caso de la STS, Sala 4ª, de 6 de octubre de 2011<sup>1666</sup>, en la que se afirma que el empresario impuso una prohibición absoluta sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como

---

ejecuta la prestación de trabajo, para introducir correcciones técnicas o cursar instrucciones en el ejercicio del poder de dirección; DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático...*, ob. cit., pág. 146.

<sup>1665</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual. A propósito de la STC de 7 de octubre de 2013», *Diario La Ley*, nº 8195, 20 de noviembre de 2013.

<sup>1666</sup> Sobre la misma, DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático...*, ob. cit., págs. 165 a 169.



fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino ante las sospechas fundadas de que se estaban desobedeciendo las órdenes impartidas al respecto. Sentada la validez de una prohibición tan terminante, la misma lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador<sup>1667</sup>.

#### **4.2.3. La posición de la STC nº 170/2013, de 7 de octubre**

La STC nº 170/2013, de 7 de octubre, ha enfocado la cuestión de distinta manera, al afirmar que basta con que exista una mención en el convenio colectivo aplicable sobre el particular, para que el empresario pueda ejercer sus facultades sobre los medios indicados<sup>1668</sup>.

Efectivamente, el convenio colectivo aplicable tipificaba como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral. Partiendo de esta premisa, la STC nº 170/2013, de 7 de octubre, afirma:

«En atención al carácter vinculante de esta regulación colectivamente pactada, cabe concluir que, en su relación laboral, sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial; en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, regía pues en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral, no constando que dicha prohibición hubiera sido atenuada por la entidad. Siendo este el régimen aplicable, el poder de control de la empresa

---

<sup>1667</sup> En el caso concreto, la empresa entregó a todos los trabajadores una carta en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo. A continuación, decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo, para lo que procedió a la monitorización de los ordenadores de dos de los trabajadores mediante un programa de *software*, al objeto de captar las pantallas a las que accedían para su posterior visualización.

<sup>1668</sup> El demandante en amparo fue despedido de su empresa, porque ésta le imputaba haber mantenido una conducta de máxima deslealtad al haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa a personal de otra entidad mercantil, sin haber pedido nunca autorización para ello y utilizando en dicha transmisión medios que eran propiedad de la empresa -en concreto, teléfono móvil y correo electrónico-. Previamente, a requerimiento de la empresa, se había personado en su sede un notario, al que, por un lado, se puso a su disposición un teléfono móvil propiedad de la empresa, comprobándose el contenido de los mensajes SMS, y por otro, se le entregó en depósito un ordenador portátil, también propiedad de la empresa; se procedió después en la notaría, en su presencia y por parte de un técnico, a identificar el disco duro y a efectuar una copia del mismo, sin posibilidad de modificación de datos. El demandante en amparo alegó que la empresa había accedido al contenido de sus comunicaciones efectuadas a través del correo electrónico, sin haber dado su autorización para ello.

sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo.

En tales circunstancias, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, cabe entender también en el presente supuesto que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5 a) y 20.2 y 3 LET]. En el supuesto analizado la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE».

Por ello, considera que no se ha producido una violación del derecho al secreto de las comunicaciones.

A continuación se plantea si se ha vulnerado el derecho a la intimidad y concluye que no ha sido así, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque, de forma similar a lo dicho respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, tampoco cabe apreciar que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial: la habilitación por la empresa de esta herramienta informática, como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo, y el hecho

de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial.

En segundo lugar, porque considera que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Dado que:

«Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada: la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada; al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida podía considerarse necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado. Finalmente, la medida podía entenderse como ponderada y equilibrada; al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial a través de la intervención de perito informático y notario, ha de partirse de que la controversia a dirimir en este recurso se ciñe a los correos electrónicos aportados por la empresa como prueba en el proceso de despido que fueron valorados en su decisión por la resolución judicial impugnada: en concreto, los relativos a datos sobre la cosecha de 2007 y 2008. No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual».

En definitiva, la resolución indicada supone un salto cualitativo, ya que entiende que la tipificación como falta leve en el convenio colectivo aplicable en la empresa, referida a la utilización de los medios informáticos propiedad de la

misma para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, en realidad, implica una prohibición expresa de uso extralaboral de tales instrumentos<sup>1669</sup>.

Conforme con lo dicho hasta ahora, si la entidad lleva a cabo una investigación interna por un delito de corrupción, es factible que pueda controlar los medios que ha facilitado al empleado en los términos indicados, siempre que el trabajador haya sido informado (o haya elementos que le permitan suponer de manera razonable) que ese control es posible. En tal sentido, puede ser especialmente interesante que en el programa de *compliance* y en las comunicaciones internas que se hagan al personal se haga mención de manera expresa a la cuestión.

#### **4.2.4. La posición de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**

Una cosa es el ejercicio del control y vigilancia por parte del empresario y otra que el resultado obtenido por medio de esa intervención pueda ser utilizado como prueba en un proceso penal.

Al respecto, la STS, Sala 2ª, nº 528/2014, de 16 de junio, se ha pronunciado en sentido negativo: las pruebas obtenidas mediante la intervención de las comunicaciones del trabajador por parte del empresario y de acuerdo con los criterios vigentes en el ámbito de la jurisdicción social han de quedar restringidas al ámbito de tal jurisdicción. Por lo que indica:

«En efecto, a nuestro juicio, el texto constitucional es claro y tajante cuando afirma categóricamente que: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”*

No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del

---

<sup>1669</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El control empresarial...», ob. cit., quien se muestra crítica con esta solución. También en sentido crítico, FOLGUERA CRESPO, J. A., «¿Puede el empresario controlar los ordenadores y correos electrónicos de sus empleados? (STC 170/2013, as. “Alcaliber”)», *otrosí*, nº 3, 2013, págs. 51 a 53, esp. pág. 52; y SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites. Sentencia del Tribunal Constitucional, 170/2013, de 7 de octubre de 2013», *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 122/2013, págs. 197 a 214. Se muestra conforme con la decisión del Tribunal Constitucional, CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., «Acceso del empresario al correo electrónico del trabajador», *Diario La Ley*, nº 8198, 25 de noviembre de 2013.

carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“*correo corporativo*”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.

(...) Por consiguiente, bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, en los términos y con los requisitos y contenidos que tan ampliamente se han venido elaborando en multitud de Resoluciones por esta Sala, a partir del importante Auto de 18 de Junio de 1992 (caso “*Naseiro*”), cualquiera que fueren las circunstancias o personas, funcionarios policiales, empresarios, etc., que tales injerencias lleven a cabo.

Lo que por otra parte, obvio es recordarlo, operará tan sólo respecto a lo que estrictamente constituye ese “secreto de las comunicaciones”, es decir, con exclusión de los denominados “datos de tráfico” o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)».

## **5. Comunicación del resultado de la investigación a las autoridades**

Una vez que la investigación ha concluido, surge el interrogante de cómo debe comportarse la empresa: debe acudir a las autoridades y poner en su conocimiento lo ocurrido y actuado por su parte o no tiene obligación de hacerlo. A ese interrogante se une otro: si la empresa no comunica el resultado pero el poder público se lo reclama, tiene o no el deber de entregarlo.

Es decir: i) la empresa debe o no tomar la iniciativa *motu proprio* y acudir a denunciar los hechos; y ii) la empresa puede negarse o no a entregar el resultado a requerimiento de las autoridades.

### 5.1. Deber de denunciar a las autoridades

En EE. UU., las *sentencing guidelines* reconocen, como criterios que permite rebajar la pena para la persona jurídica, la denuncia inmediata de los hechos, la cooperación prestada para su investigación y el reconocimiento y aceptación de responsabilidad (Capítulo 8, Parte C, apartado 2, §8C2.5); y para valorar la efectividad del programa de *compliance* se tendrán en cuenta, entre otros factores, su comportamiento una vez detectada la comisión del delito y la respuesta ante el mismo (Capítulo 8, Parte B, apartado 2, §8B2.1).

En el Reino Unido, *The Bribery Act 2010 Guidance* indica que la voluntad de la entidad de cooperar con una investigación pública y realizar una divulgación completa de lo sucedido se tendrá en cuenta en cualquier decisión sobre el inicio de un procedimiento penal<sup>1670</sup>.

Sin perjuicio de ello, a nuestro juicio, no existe un deber de comunicar a las autoridades el resultado de la investigación<sup>1671</sup>, en la medida en que el artículo 31 quáter CP (introducido en la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), señala, en sus letras a) y b), lo siguiente:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos».

Es decir, la comunicación de los hechos a las autoridades se concibe como una atenuación. Si ese comportamiento se concibiera como el simple cumplimiento de un deber, carecería de sentido «recompensar» a la persona jurídica por ello.

---

<sup>1670</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., punto 12.

<sup>1671</sup> Se debe tener presente que el artículo 259 LECRIM impone la obligación de denunciar al «que presenciare la perpetración de cualquier delito público» y el artículo 262 LECRIM la impone a los «que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público».

Cuestión distinta es que las empresas (sobre todo las grandes entidades) comuniquen de manera voluntaria a las autoridades los delitos cometidos en su interior, que hayan sido puestos de manifiesto mediante la investigación interna, a la vista de los riesgos jurídicos, y particularmente reputacionales, que pueden padecer en caso de no hacerlo. Incluso en una fase anterior a la investigación interna, actualmente es usual que las empresas se apresuren a mostrar su interés en colaborar con las autoridades, ante la simple difusión pública de la sospecha de la comisión de un delito en su seno<sup>1672</sup>.

## 5.2. Actuación ante el requerimiento de las autoridades

Si es la autoridad la que requiere el resultado de la investigación, la cuestión adquiere otros matices, derivados de los derechos que la persona jurídica puede oponer frente al poder público, en la medida en que dicho resultado sea inculpatório para la misma.

Una de esos derechos o garantías es el referido a la confidencialidad entre abogado y cliente, si en la recopilación y averiguación interna de los hechos ha intervenido tal profesional. Esta materia es sumamente problemática desde la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de septiembre de 2010 (asunto C-550/07 P, caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd*). En la misma, se reitera la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 (asunto 155/79, caso *AM & S/Comisión*)<sup>1673</sup>.

En síntesis, esa doctrina es la siguiente: la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes deben ser objeto de

---

<sup>1672</sup> Un ejemplo reciente lo tenemos en el llamado «escándalo de la FIFA». El *indictment* presentado (*Indictment* 15 CR 0252(RJD)(RML), págs. 74 y 75), y al que ya se hecho mención anteriormene en este trabajo, refiere el pago y recepción de sobornos y comisiones ilegales en relación con el patrocinio de la Confederación Brasileña de Fútbol (CBF) por parte de «una empresa multinacional de ropa deportiva con sede en los Estados Unidos», cuyo nombre no se cita expresamente. Teniendo en cuenta que el actual patrocinador de la CBF (y de la selección brasileña de fútbol) es la multinacional estadounidense *Nike*, ésta emitió un comunicado de prensa el mismo día en que se difundieron los hechos (27 de mayo de 2015) negando cualquier relación con los mismos y mostrando su disposición a colaborar en su investigación.

<sup>1673</sup> Sobre esta cuestión, véase SUDEROW, J., «Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, págs. 316 a 325; DI FEDERICO, G., «Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v. European Commission Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 September 2010», *Common Market Law Review*, vol. 48, nº 2, 2011, págs. 581 a 602; y DOLMANS, M., VANDERMEERSCH, D. y MODRALLMPLOYEE, J., «The European Court of Justice Denies Professional Legal Privilege to Employed Lawyers», *Relations Law Journal*, vol. 36, nº 4, primavera 2011, págs. 74 a 80.

protección, si bien el beneficio de esta protección está supeditado a dos requisitos acumulativos: i) debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los «derechos de la defensa del cliente»; y ii) debe tratarse de «abogados independientes», es decir, «no vinculados a su cliente mediante una relación laboral» (apartado 41). A continuación (apartado 42), añade que la calidad de abogado independiente «procede de la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. La contrapartida de esta protección es la disciplina profesional, impuesta y controlada en interés general».

Por ello, concluye (apartado 44) que la protección con arreglo al principio de la confidencialidad «no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con abogados internos».

En el ámbito de las investigaciones internas, esta conclusión supone que si la investigación la dirige o realiza un abogado o grupo de abogados de la empresa difícilmente podrán oponer el derecho a la confidencialidad en la relación abogado-cliente si el poder público (autoridad judicial, Ministerio Fiscal...) solicita que le sea entregado el resultado de tal investigación<sup>1674</sup>.

## **6. Ofrecimiento y aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción**

### **6.1. Introducción**

La inclusión de normas que regulen el ofrecimiento o aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción (obsequios, invitaciones, etc.) es imprescindible en un programa de *compliance*. Todos los elementos indicados son una forma importante para construir y fortalecer las relaciones comerciales, pero cuando su entrega y recepción comienza a ser excesiva o pasa a ser de lujo, o se ofrecen en situaciones específicas (cuando está pendiente una decisión sobre un negocio o en un período restringido

---

<sup>1674</sup> Esta materia se relaciona con alguna de las figuras elaboradas en los EE. UU., como son el *attorney-client privilege* y la *work product doctrine*. El primero se centra en la confidencialidad de las comunicaciones privadas que mantengan un abogado y su cliente, con la finalidad de proporcionar una opinión o consejo legal profesional, que no esté dirigido a la comisión de un delito. La segunda se refiere a la posibilidad de no aportar los documentos elaborados por un abogado, que recojan opiniones o posturas legales sobre un asunto litigioso de cara a un procedimiento judicial futuro. Véase LEVINE, J., ZIRKELBACH, G., HAHN, D. y ROWAN, D., «The Envolving Landscape of Legal Privilege in Internal Investigations», *Criminal Justice*, verano 2015, págs. 20 a 25, *passim*.



durante el desarrollo de una licitación), se puede cruzar fácilmente la línea y convertir una práctica comercial aceptable en un soborno ilegal<sup>1675</sup>. En ocasiones es muy difícil distinguir los regalos corporativos y la hospitalidad de los intentos de corrupción para asegurar contratos<sup>1676</sup>.

Algunos ejemplos en los que entidades han sido sancionadas por ofrecer regalos son los siguientes<sup>1677</sup>: pago de viajes educacionales para ingenieros de una compañía, incluyendo gastos excesivos e impropios de viaje, de comida, de alojamiento y de entretenimiento, además de dinero para gastos personales por importe de 120 a 200 dólares por día (*U.S. v. ABB Vetco Gray*<sup>1678</sup>); regalo de dos billetes de viaje para una luna de miel por valor total de 2.028 dólares (*U.S. v. Liebo*<sup>1679</sup>); gastos excesivos e impropios de viaje, de comida, de alojamiento y de entretenimiento de un oficial gubernamental y su familia (*U.S. v. Metcalf & Eddy, Inc.*<sup>1680</sup>).

La forma en las que las empresas abordan la cuestión es variada: muchas empresas recogen una prohibición absoluta de ofrecer y recibir estas atenciones (si bien tal postura no parece realista y puede generar la práctica de recibirlas clandestinamente); otras compañías fijan un valor máximo a partir del cual se prohíbe el ofrecimiento o la aceptación de obsequios y agasajos; finalmente, otras incluyen términos más indefinidos tales como «siempre y cuando no eliminen a la competencia» o «siempre y cuando no sean contrarios a las prácticas locales»<sup>1681</sup>.

---

<sup>1675</sup> Sobre las formas en las que se producen los sobornos, cfr. *How to Bribe, a typology of bribe paying and how to stop it*, Transparency International, 2014 (disponible en [http://www.transparency.org.uk/publications/7-uncategorised/download/183\\_148c39ec9669944b48c35ca5523dc87b](http://www.transparency.org.uk/publications/7-uncategorised/download/183_148c39ec9669944b48c35ca5523dc87b), consulta agosto 2015), *passim* (esp. págs. 8 a 11, en relación con los regalos y la hospitalidad); y GREENE, C. L., «Bribery, Kickbacks and Payoffs», *McGovern & Greene LLP Article Archives* (disponible en [http://www.mcgovernngreene.com/archives/archive\\_articles/Craig\\_Greene\\_Archives/bribery-kickbacks-payoffs.html](http://www.mcgovernngreene.com/archives/archive_articles/Craig_Greene_Archives/bribery-kickbacks-payoffs.html); consulta agosto 2015), *passim*.

<sup>1676</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated..."», ob. cit., pág. 1208.

<sup>1677</sup> Se trata de sanciones impuestas a causa de la violación de la *FCPA*, que como ya hemos indicado no se aplica a la corrupción entre particulares, pero nos parecen muy ilustrativos acerca de cuándo un regalo o atención de hospitalidad puede pasar a ser considerado un soborno; véase DETZNER, J. A., «Compañías y personas no estadounidenses y...», ob. cit., pág. 8.

<sup>1678</sup> Véase [http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2004/July/04\\_crm\\_465.htm](http://www.justice.gov/archive/opa/pr/2004/July/04_crm_465.htm); consulta agosto 2015.

<sup>1679</sup> 923 F.2d 1308 (8th Cir. 1991). Disponible en <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/923/923.F2d.1308.89-5621.html>; consulta agosto 2015.

<sup>1680</sup> Véase <http://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-sec-v-metcalf-eddy-inc-court-docket-number-99-cv-12566-ng>; consulta agosto 2015.

<sup>1681</sup> KAPTEIN, M., «The living business code: improving corporate integrity and reducing corruption from the inside», en *Global Corruption...*, ob. cit., págs. 83 a 86, esp. pág. 85; *How to Bribe...*, ob. cit., pág. 9.

Esta es una materia tratada en diversos instrumentos elaborados para la prevención de la corrupción, en la medida en que, como ya hemos dicho, los regalos, atenciones de hospitalidad y los gastos de promoción (obsequios, invitaciones, etc.) pueden enmascarar el pago de sobornos. En concreto, cabe centrarse en: i) las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; ii) *The Bribery Act 2010 Guidance*; iii) La guía *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfadens*<sup>1682</sup>.

## **6.2. Reglas de la Cámara de Comercio Internacional**

Las *Reglas de la Cámara de Comercio Internacional para Combatir la Corrupción* (artículo 5) indican que las empresas deben establecer procedimientos que traten el ofrecimiento o aceptación de regalos y atenciones de hospitalidad, a fin de asegurarse de que tales situaciones: i) cumplan con la ley local y la ley internacional aplicable; ii) se limiten a desembolsos razonables y de buena fe; iii) no afecten de manera inapropiada, o puedan percibirse que afectan de manera inapropiada, la independencia de juicio del receptor hacia el otorgante; iv) no se contrapongan a las disposiciones que se conozcan sobre el código de conducta del receptor; y v) no sean ofrecidas o recibidas con demasiada frecuencia o de manera inoportuna<sup>1683</sup>.

## **6.3. *The Bribery Act 2010 Guidance***

La materia también se contempla en *The Bribery Act 2010 Guidance*<sup>1684</sup>, de la que se pueden extraer los siguientes principios:

1) Los procedimientos establecidos para aplicar las políticas de prevención del soborno deben tratar expresamente lo relativo a regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción.

2) Debe procederse a la publicación del compromiso de la entidad sobre su política de gastos de promoción y de hospitalidad, basada en los principios de transparencia y proporcionalidad.

---

<sup>1682</sup> Además de estos instrumentos existen muchos otros, si bien se han elegido por su relación directa con el delito de corrupción privada. Con carácter general, se puede consultar también *Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A practical guide for companies*, United Nations Global Compact, 2014 (disponible en [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/Anti-Corruption/SportsSponsorshipHospitalityGuide.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/SportsSponsorshipHospitalityGuide.pdf)).

<sup>1683</sup> *ICC Rules on Combating...*, ob. cit., pág. 8.

<sup>1684</sup> *The Bribery Act 2010. Guidance...*, ob. cit., págs. 22 y 36.

3) Los procedimientos internos que se aplican en este ámbito deben orientarse a tratar de garantizar la transparencia y la conformidad con las leyes pertinentes y los códigos de conducta aplicables.

4) Se debe informar de que cualquier gasto de hospitalidad refleja el deseo de consolidar las buenas relaciones comerciales y que los gastos de promoción buscan mejorar la imagen de la empresa como organización comercial o presentar mejor sus productos o servicios o establecer relaciones cordiales.

5) Con tales gastos no se debe dar al destinatario la impresión de que tiene obligación de conferir una ventaja comercial o que su independencia debe ser afectada.

6) Cabe establecer un límite cuantitativo en relación con los citados gastos.

#### **6.4. La guía *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfaden***

Una buena muestra de la importancia que alcanzan estos gastos y atenciones y la repercusión que pueden tener en las relaciones comerciales y mercantiles fue lo sucedido en Alemania, a causa del llamado *WM-Ticket-Affäre* («caso de las entradas de la Copa Mundial»), que dio lugar a la elaboración y publicación de la guía *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfaden*<sup>1685</sup>.

Esta guía parte de la base de que es una práctica habitual, por parte de las empresas, la invitación a eventos deportivos y culturales, tanto de posibles socios comerciales como de autoridades<sup>1686</sup>. Por lo que pretende arrojar luz

---

<sup>1685</sup> Sobre estos hechos ya se ha tratado en la parte de este trabajo referida a la regulación del delito de corrupción privada en Alemania. En resumen, lo sucedido fue lo siguiente: en 2006, Utz Claassen, consejero delegado de la compañía energética *Energie Baden-Württemberg AG (EnBW)*, fue juzgado por un posible delito de cohecho a funcionarios públicos por regalar entradas para la Copa Mundial de Fútbol (que se celebró en Alemania en 2006) a varios cargos públicos. Utz Claassen fue absuelto de tal delito; si bien la incertidumbre que se generó entre las empresas sobre la legalidad de los gastos de hospitalidad y promoción dio lugar a la publicación, en julio de 2011, de la guía *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfaden*, por parte de la asociación S20, el Comité Olímpico Alemán y el Ministerio Federal Alemán del Interior.

<sup>1686</sup> Es sumamente significativo el párrafo que abre el contenido de la guía, que versa así: «En los eventos deportivos y culturales, las empresas alquilan palcos VIP o compran entradas, en particular, entradas VIP o de “butacas de negocios”. Los socios comerciales y otros contactos son invitados a estos eventos y pueden disfrutar del especial ambiente que ofrecen los palcos o las entradas VIP, a menudo en combinación con un servicio de restauración. Los invitados pueden ser no sólo los representantes de las empresas del sector privado, sino también miembros del gobierno, funcionarios públicos y empleados de las empresas del sector público»; *Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., pág. 1.

sobre las posibles repercusiones legales de las invitaciones a eventos deportivos y culturales y proporcionar recomendaciones concretas el efecto<sup>1687</sup>. En ella se describen los tipos penales aplicables (expresamente se cita la posibilidad de que los hechos lleguen a ser constitutivos de un delito de corrupción privada del § 299 *StGB*), en relación con las atenciones que pueden darse en esta materia por parte de las empresas, y se describen normas de conducta que deben seguirse a la hora de proceder a realizarlas.

Para ello, describe diversos escenarios fácticos posibles y a cada uno de ellos anuda unas reglas de actuación distintas. Son los siguientes: i) eventos especializados: ii) eventos combinados: y iii) eventos de entretenimiento.

#### **6.4.1. Eventos especializados**

Se definen<sup>1688</sup> como eventos de corta duración (generalmente menos de 1 día), en los que se tratan asuntos especializados que tienen relación con la cartera de productos y servicios de la compañía que emite la invitación (por ejemplo, foros de expertos, paneles de discusión, conferencias, presentaciones de productos, visitas a una fábrica, etc.).

La invitación a estos eventos es, por principio general, permisible, aunque tengan relación con las decisiones que el empleado invitado tenga que tomar respecto a los negocios de la empresa que cursa la invitación. Sobre todo si la invitación se cursa sólo al empleado que es el especialista en la materia, la restauración se limita a un nivel básico (aperitivo y bebidas) y no hay programadas actividades de entretenimiento.

Sin embargo, puede percibirse un riesgo de soborno en el caso de que concurren circunstancias como las siguientes<sup>1689</sup>: servicio de restauración de mayor valor, distribución horaria del evento o lugar elegido con un carácter altamente turístico o de ocio<sup>1690</sup>, entrega de regalos de valor, pago de los gastos

---

<sup>1687</sup> La guía indica que el escándalo citado anteriormente generó un gran debate público y gran incertidumbre en las empresas, lo que, a su vez, ha dado lugar a un rápido crecimiento de los recursos destinados a la evaluación y aprobación de este tipo de invitaciones en los departamentos legales y de *compliance* de las empresas. A continuación, añade que las directrices de la guía están dirigidas a todos los empleados de una compañía y, en particular, a los de los departamentos de *compliance* y a los asesores legales de las empresas, para arrojar luz sobre los problemas asociados a las invitaciones a eventos deportivos y culturales; *Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., pág. 1.

<sup>1688</sup> *Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., págs. 24 y 25.

<sup>1689</sup> La guía habla de «indicadores negativos», pero en realidad las circunstancias que describe son indicios de que se pueda apreciar la invitación como un intento de soborno.

<sup>1690</sup> Se ponen como ejemplos la celebración en el castillo de Neuschwanstein, en un hotel de lujo o un *spa*.

de viaje y/o alojamiento, invitación a acompañantes no especialistas (posiblemente con programa de animación específica) o programación de actividades de entretenimiento.

Si no hay «indicadores negativos» la invitación puede emitirse, siempre de manera transparente: constando impreso el membrete de la empresa y dirigida al domicilio social del destinatario.

Si concurren uno o más «indicadores negativos», es necesario determinar, en cada caso, si el empleado al que se invita participa de manera significativa en una decisión inminente de compra por parte de su empresa. Si no es así, la invitación puede ser emitida a pesar de tales indicadores.

#### **6.4.2. Eventos combinados**

Son eventos que duran varios días, en los que se tratan asuntos especializados que tienen relación con la cartera de productos y servicios de la compañía que emite la invitación y, además, incluyen actividades de entretenimiento (por ejemplo, reuniones de negocios, presentaciones de productos, visitas a una fábrica, etc.)<sup>1691</sup>.

La invitación a estos eventos, es permisible siempre que se cumplan una serie de condiciones: i) las actividades de entretenimiento suponen una interacción útil y socialmente adecuada entre los componentes del evento; ii) la invitación se cursa con las mismas condiciones que en el supuesto anterior; iii) el servicio de restauración es proporcional a la naturaleza y duración del evento; y iv) los regalos para los invitados están relacionados con el tema del evento y en proporción a su naturaleza.

Sin embargo, puede percibirse un riesgo de soborno en el caso de que concurren circunstancias como las siguientes: el empleado a invitar está involucrado de manera significativa en una decisión inminente de compra por parte de su empresa, las actividades de entretenimiento superan la parte del evento dedicado al tema para el que celebra, servicio de restauración de alto valor, distribución horaria del evento o lugar elegido con un carácter altamente turístico o de ocio, entrega de regalos de alto valor, pago de los gastos de viaje y/o alojamiento e invitación a acompañantes no especialistas.

---

<sup>1691</sup> *Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., págs. 26 y 27.

Si no hay «indicadores negativos» la invitación puede emitirse, siempre de manera transparente: constando impreso el membrete de la empresa y dirigida al domicilio social del destinatario.

Si concurren uno o más «indicadores negativos», hay que distinguir dos supuestos: i) si no concurre la circunstancia de que el empleado a invitar está involucrado de manera significativa en una decisión inminente de compra por parte de su empresa, la invitación se puede emitir, a pesar de que concurren otros «indicadores negativos»; y ii) si concurre la circunstancia indicada, la invitación no se puede emitir, a menos que se altere el evento para eliminar cualquier otro «indicador negativo» adicional.

#### **6.4.3. Eventos de entretenimiento**

Se trata de invitaciones a eventos de entretenimiento, en particular eventos deportivos o culturales, con fin de iniciar una relación comercial o cuidar las relaciones con otras empresas o clientes (por ejemplo, torneos de golf, partidos de fútbol, conciertos, obras de teatro, óperas, cenas de gala, apertura de galerías o museos, etc.)<sup>1692</sup>.

La invitación a estos eventos es permisible, siempre que se cumplan una serie de condiciones: i) es una invitación cursada por una ocasión o circunstancia especial (por ejemplo, un aniversario de empresa o la apertura de una nueva fábrica); y ii) la invitación se cursa a un destinatario de alto nivel dentro de la empresa.

Sin embargo, puede percibirse un riesgo de soborno en el caso de que concurren circunstancias como las siguientes: el empleado a invitar está involucrado de manera significativa en una decisión inminente de compra por parte de su empresa, invitación a acompañantes (salvo que lo requiera el tipo de evento<sup>1693</sup>), entrega de regalos de alto valor, pago de los gastos de viaje y/o alojamiento, invitación por varios días y en combinación con otras formas de entretenimiento de alto valor.

Si no hay «indicadores negativos» la invitación puede emitirse, siempre de manera transparente: constando impreso el membrete de la empresa y dirigida al domicilio social del destinatario.

---

<sup>1692</sup> *Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., págs. 28 y 29.

<sup>1693</sup> La guía señala como ejemplo de tal tipo de evento la *German Ball des Sports*, que es una gala benéfica anual a la que acuden las personalidades más relevantes del mundo del deporte.

Si concurren uno o más «indicadores negativos», hay que distinguir dos supuestos: i) si no concurre la circunstancia de que el empleado a invitar está involucrado de manera significativa en una decisión inminente de compra por parte de su empresa, la invitación se puede emitir, a pesar de que concurren otros «indicadores negativos»; y ii) si concurre la circunstancia indicada, la invitación no se puede emitir, a menos que se altere el evento para eliminar cualquier otro «indicador negativo» adicional.

Como se observa, la guía tiene un carácter eminentemente práctico y orientativo, pero es lo suficientemente ilustrativa como para permitir a las empresas plantearse y revisar la legalidad de su actuación en esta materia<sup>1694</sup>. Además, no sólo permite a las empresas que quieren tener este tipo de atenciones actuar en consecuencia, sino también ofrece criterios de ponderación para aquellas personas que reciben la atención. Es decir, sus orientaciones son tan válidas para la empresa que invita, para determinar si una atención puede ser apreciada como un riesgo de soborno a la persona que se dirige, como para que ésta determine si existe el riesgo de que se la quiere sobornar de manera encubierta y entonces debe rechazar la invitación de plano. Lo que puede suceder, por ejemplo, si la invitación se dirige a un empleado que está involucrado de manera significativa en una decisión inminente de compra por parte de su empresa: si recibe una atención con varios de los «indicadores negativos» señalados en la guía, este empleado bien puede sospechar que puede estar siendo objeto de un intento de soborno.

## **6.5. Reglas de un programa de *compliance* sobre ofrecimiento y aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción**

---

<sup>1694</sup> La guía finaliza su exposición planteando un supuesto práctico, que es el siguiente (*Hospitality und Strafrecht...*, ob. cit., pág. 30): un empleado de una entidad A invita a un socio comercial de una entidad B, para la que la entidad A ha prestado servicios en relación con la fabricación de automóviles. La invitación se cursa para el palco VIP que la empresa A tiene alquilado en el estadio *Allianz Arena*, para un partido de fútbol de la Bundesliga del *FC Bayern Munich*.

La invitación se imprime en papel con membrete de la empresa y el valor de la invitación (que incluye servicio de restauración) es de 250 € después de impuestos.

El empleado de la empresa B no es de alto rango en su entidad y no hay pendiente ninguna decisión específica de contratación sobre la fabricación del automóvil, pero los dos empleados están en contacto permanente para tratar sobre los proyectos en marcha. Es factible que en un futuro cercano pueda haber nuevas transacciones comerciales entre ambas entidades.

La guía considera que la invitación es permisible en la medida en que, aunque el destinatario participa habitualmente en las decisiones de su entidad respecto a la compañía A, no hay prevista una decisión inminente y la posibilidad futura de otras transacciones no es suficiente para considerar que existe un riesgo de soborno.

A nuestro juicio, teniendo en cuenta lo señalado por estos textos y lo indicado por la doctrina<sup>1695</sup>, se pueden establecer las siguientes reglas sobre la materia:

1) En cuanto al ofrecimiento de regalos y atenciones de hospitalidad.

1.1) Se debe proclamar el principio general de que este tipo de regalos o atenciones nunca deben considerarse un intento o medio para interferir en las decisiones del destinatario; así como que no se realizan con ninguna finalidad de obtener una ventaja comercial<sup>1696</sup>.

1.2) Se debe proclamar el principio general de que este tipo de regalos o atenciones son exclusivamente una muestra de la voluntad de la entidad de consolidar las buenas relaciones comerciales, mejorar su imagen comercial y corporativa o presentar sus productos o servicios de manera más efectiva.

1.3) Se debe establecer la prohibición absoluta de que estos regalos o atenciones se lleven a cabo mediante dinero en efectivo.

1.4) Se debe establecer la prohibición absoluta de realizar regalos o atenciones que superen un valor determinado, de manera que, por ello, puedan interpretarse como una influencia o un intento de influencia en el destinatario.

1.5) Los procedimientos establecidos deben tratar expresamente la regulación del ofrecimiento de este tipo de regalos y atenciones. Tales procedimientos debe ser objeto de comunicación y publicidad interna y externa.

1.6) La realización de estos regalos y atenciones estarán prohibidas, por principio general, cuando se dirijan a una persona que está involucrada en una decisión inminente que afecte a los negocios de la empresa.

---

<sup>1695</sup> Cfr. ARGANDOÑA A., «Private-to-Private...», ob. cit., págs. 11 a 16, y ARGANDOÑA A., «Las empresas ante...», ob. cit., *passim*. VINCKE, F., HEINMANN, F. y KATZ, R. (Editores), *Fighting Bribery...*, ob. cit.; OSIFO, C., «Combating Bribery...», ob. cit.; CANNON, M. L. y SMITH, R. C., «US Foreign Corrupt Practices...», ob. cit., pág. 98.

<sup>1696</sup> Por ejemplo, la entidad *Thales Group* indica que este tipo de cortesías, que se entregan y reciben, están generalmente permitidas en el mundo de los negocios siempre y cuando cumplan ciertas condiciones: no se hagan con el objetivo de dar u obtener un favor o cualquier ventaja indebida, no generen un conflicto de intereses, y se hagan en un contexto estrictamente profesional y de manera transparente; véase *Gifts & Hospitality Guidelines*, Thales Group (disponible en <https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/asset/document/giftsandhospitalityguidelines18peng.pdf>; consulta agosto 2045), pág. 5.

*Thales Group* es una compañía francesa de electrónica dedicada al desarrollo de sistemas de información y servicios para los mercados aeroespacial, de defensa y seguridad.



2) En cuanto a la aceptación de regalos y atenciones de hospitalidad.

2.1) Se debe establecer la prohibición absoluta de que se acepte dinero en efectivo como regalos o atenciones de este tipo.

2.2) Se debe establecer la prohibición absoluta de recibir regalos y atenciones que superen un valor determinado, de manera que, por ello, puedan interpretarse como una influencia o un intento de influencia en el directivo o empleado destinatario.

2.3) Los procedimientos establecidos deben tratar expresamente la regulación de la aceptación de este tipo de regalos o atenciones. Tales procedimientos debe ser objeto de comunicación y publicidad interna y externa. Como reglas de ese procedimiento, cabe destacar:

2.3.1) Establecer el principio de que dichos regalos y atenciones sean remitidas a nombre de la empresa misma o, en su defecto, a la dirección que el directivo o empleado tengan en la empresa; y nunca a otra dirección a título personal.

2.3.2) Establecer la obligación para el directivo o empleado destinatario, al que se ofrezca o reciba el regalo o atención, de que ponga este hecho en conocimiento inmediato de la empresa.

2.3.3) Establecer que la decisión final sobre el regalo o atención corresponde a la entidad y no al destinatario. Así, será la entidad la que decida sobre si se debe aceptar o no la invitación cursada o sobre cuál es el destino del regalo recibido (que lo disfrute el destinatario, que se realice un sorteo entre el personal, que se haga llegar a una institución benéfica, etc.).

2.4) No se aceptarán, por principio general, los citados regalos y atenciones cuando se dirijan a una persona que está involucrada en una decisión inminente que afecte a los negocios de la empresa que la remite.

## **PARTE V. CONCLUSIONES**



1) La corrupción ha desbordado los límites de su concepción tradicional, que la identificaba con los actos de soborno (cohecho) de funcionarios públicos. También cabe hablar de corrupción en una actividad exclusivamente privada, de manera que el núcleo de la conducta conocida como corrupción entre particulares supone la aceptación o solicitud por parte de una persona, que desarrolla su labor en una entidad, de un pago de dinero u otro tipo de favor, a cambio de realizar operaciones, usualmente comerciales o mercantiles, que no necesariamente favorecen los intereses de la citada entidad.

En general, se parte de la idea de que en los actos de corrupción privada hay un riesgo de perjuicio para la empresa, pero tales actos no deben abordarse exclusivamente desde la perspectiva interna de la empresa; sino también desde una perspectiva externa o más amplia, referida a qué efectos tienen tales actos para el conjunto del mercado y el resto de competidores. En la corrupción en el sector privado confluyen diversas facetas e intereses dignos de protección: la lealtad hacia el propietario de la empresa o el empleador, la protección del patrimonio de la empresa, la defensa de los consumidores y de la competencia del mercado.

2) Es preciso el castigo penal de este tipo de conductas, por la existencia y realidad de actos de corrupción en la esfera privada y porque no cabe sostener que hay una corrupción pública, que debe ser castigada penalmente, y unos comportamientos (que participan de la misma naturaleza que los actos corruptos de los funcionarios) que se dan en las relaciones comerciales y mercantiles, pero que deben quedar al margen del Derecho Penal. No puede ser concebida como «una forma de hacer negocios», sino que la corrupción privada produce efectos claramente negativos, en distintos ámbitos, por lo que es necesario que el Derecho Penal centre su atención sobre la misma, tomando en consideración los efectos económicos y sistémicos de este tipo de corrupción.

3) En el ámbito europeo está actualmente extendida la consideración como delito de estas conductas, aun con regulaciones nacionales heterogéneas, siendo más bien una excepción los países miembros de la Unión Europea que, como España, no habían incluido este delito en sus respectivos ordenamientos nacionales.

Cabe distinguir tres modelos básicos de tratamiento legislativo de la corrupción entre particulares: i) el modelo clásico, que condena las prácticas que afectan negativamente a los activos de las empresas, los intereses de los accionistas o los intereses de la propiedad; ii) un segundo modelo, que

criminaliza el soborno porque pone en peligro o viola las relaciones de trabajo, en particular, los lazos de deber y lealtad de un empleado hacia su empleador; y iii) un tercer modelo que busca la promoción de la competencia y tiene como objetivo la protección de la competencia libre y justa y las condiciones de funcionamiento del mercado.

Los tres modelos citados no son exclusivos ni excluyentes entre sí: la evolución del Derecho comparado permite afirmar que pueden coexistir elementos de los tres modelos, con mayor o menor intensidad. Incluso cabe que se combinen en un solo ordenamiento.

4) La incorporación de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, a nuestro ordenamiento supuso la introducción del delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP.

5) El bien jurídico protegido por el delito del art. 286 bis CP es la competencia leal. Esta consideración de la competencia leal como bien jurídico se acentúa desde la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Especialmente porque elimina el elemento de incumplimiento de obligaciones, que constaba en la redacción típica.

Los argumentos contrarios a la conclusión que alcanzamos no plantean obstáculos insalvables.

En primer lugar, que la interpretación del tipo penal no permita incluir al empresario como sujeto activo de la modalidad pasiva del delito de corrupción no impide que el bien jurídico sea la competencia, sino que, en realidad, es una incongruencia del legislador, porque no ha querido llevar el sistema de protección penal de la competencia hasta sus últimas consecuencias, ya sea por un simple olvido o por una cuestión de política criminal. En segundo lugar, el tipo privilegiado puede ser interpretado en términos de protección de la competencia: se aplicará, precisamente, a supuestos en los que el ataque contra la competencia y la distorsión de la misma sea de menor entidad, dada la reducida cuantía de la dádiva o la escasa trascendencia de las funciones del autor.

6) El delito de corrupción privada activa es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona. La referencia a un marco de adquisición, venta y prestación de servicios no fija las condiciones del sujeto activo del delito de corrupción privada activa, sino sólo el entorno en el que se desarrolla la

acción. No se trata de un elemento que configure las cualidades que debe reunir el sujeto, sino que es un elemento de la conducta típica.

El delito de corrupción pasiva es un delito especial. Solamente pueden ser sujetos activos aquellos que se citan en el art. 286 bis.1 CP (directivo, administrador, empleado o colaborador) y que se encuentren encuadrados dentro de una estructura empresarial. Ello supone:

- Los particulares personas físicas, cuando son ellos directamente quienes contratan, no pueden ser sujetos activos del delito de corrupción pasiva, por mucho que pudiesen recibir dádivas.
- Los administradores, empleados o colaboradores de una persona física tampoco pueden ser sujetos activos de este delito.

7) Dentro de la dicción legal del catálogo de sujetos activos del delito de corrupción pasiva no cabe incluir al empresario (siempre y cuando no reúna la condición de directivo, administrador, empleado o colaborador), precisamente porque el citado catálogo se compone de personas dependientes o subordinadas al mismo. Pero ello no supone que la conducta del empresario, que solicita o recibe sobornos para preferir a un competidor frente a otros, sea impune en todos los casos, ya que bien pueden entrar en juego las formas de participación en el delito o la responsabilidad penal de las personas jurídicas (cuando el empresario tenga tal condición).

8) Las entidades con las que el sujeto activo de la corrupción pasiva debe guardar relación son, desde la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, una empresa mercantil o una sociedad; si bien el art. 286 bis CP se remite a la enumeración del art. 297 CP. Esta manera de tratar la cuestión supone que no cabe incluir entre las entidades a las comunidades de propietarios y a las entidades sin ánimo de lucro (que no tengan forma de fundación). Ello plantea problemas sobre si la incorporación de la Decisión Marco es adecuada o no actualmente, en la medida en que su art. 2.2. exige que se aplique a las actividades profesionales de entidades «con fines lucrativos y no lucrativos».

9) El tipo dice que el objeto del soborno ha de ser un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza «no justificados». Como tales se deben entender beneficios o ventajas que el sujeto integrado en la empresa no está facultado para recibir, por impedirlo la ley o las normas que afectan a su posición en la entidad, siempre que la dádiva exceda de aquello que se tiene por socialmente

aceptable. Ello supone que los posibles criterios que determinan el carácter de «no justificado» de aquello que se recibe, solicita o acepta son dos: i) que el sujeto del delito no esté facultado para recibirlo; y ii) la adecuación social.

10) Desde la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el tipo exige que la ventaja o beneficio no justificado se reciba, solicite o acepte «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro». Al incluir el término «contraprestación» no se está exigiendo el favorecimiento efectivo, lo que le convertiría en un delito de resultado. El tipo dice que se recibe, solicita o acepta la dádiva como contraprestación «para» favorecer, no como contraprestación «por» favorecer o «por haber favorecido».

11) Se debe actuar para favorecer en relación con una decisión concreta o proceso de decisión concreto y para obtener una decisión favorable. De este principio se pueden extraer las siguientes consecuencias:

- Este delito no incrimina las dádivas entregadas en consideración a la mera función del sujeto receptor, sin esperar recibir nada a cambio. No existe una modalidad de «corrupción privada impropia».

- El tipo penal no incluye un supuesto de «corrupción privada subsiguiente», queda fuera del ámbito delictivo la entrega o solicitud de dádivas como recompensa de los actos de favorecimiento ya realizados. Las entregas posteriores a la contratación son atípicas, aunque sean relevantes, si en nada influyeron en aquélla.

- Queda excluido el «tráfico privado de influencias».

- Tampoco incluye las ventajas o beneficios que se ofrecen o entregan con la esperanza, inespecífica, de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva.

12) Conforme al art. 286 bis CP hay un elemento común a las dos modalidades (activa y pasiva) de corrupción privada: el favorecimiento frente a otros. El hecho de que se haya de actuar para favorecer a una persona frente a otra u otras, en el marco de la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, supone que con este elemento el legislador nos sitúa en un contexto de competencia. A su vez, el hecho de que sea preciso actuar en un contexto de competencia, en el que se actúa para favorecer a una persona frente a otras u otras, permite afirmar que:

- Quedan excluidos los particulares consumidores finales del círculo de sujetos activos del delito, tanto en su modalidad activa como pasiva, pues estos no «compiten» con otros en el mercado.

- Quedan excluidas las conductas que no afectan a las reglas de la competencia, por no existir competencia efectiva en un determinado contexto; por ejemplo, dar una propina para conseguir una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades de un espectáculo.

13) La persona frente a la que se favorece a otra son los competidores. Ello supone que deben existir necesariamente terceros que resulten perjudicados (en sentido de no favorecidos). Ahora bien, el hecho de que sea preciso que existan competidores, no significa que sea exigible que esos competidores concurren efectivamente en el proceso de decisión, sino que basta con que existan en el mercado y puedan realizar la misma actividad; aunque no hayan licitado para obtenerla.

14) El hecho de que se actúe para favorecer a una persona frente a otras u otras no supone la exigencia, como resultado del delito, de un efectivo favorecimiento del sobornador frente a terceros, con el correspondiente perjuicio para ellos. Se trata de un delito de peligro, que no exige la producción de ningún resultado concreto.

15) El elemento de favorecer «indebidamente» se debe relacionar con el bien jurídico protegido. Debe entenderse como otorgar a un competidor una prestación o contratación que no habría recibido, si el proceso de decisión no hubiera estado viciado o influido por el soborno. En tal medida, este elemento típico redundaría en la consideración del delito como delito contra la competencia leal.

En ningún caso, debe vincularse el término «indebidamente» con un posible incumplimiento de las obligaciones del sujeto sobornado, con el riesgo de que, mediante el mismo, se introduzca indirectamente en el tipo una infracción de deberes extrapenales por su parte. El legislador, en la reforma de 2015, se ha cuidado de eliminar expresamente este elemento, que enturbiaba enormemente el entendimiento de la infracción penal y la desnaturalizaba, acercándola al ámbito de la administración desleal.

16) El delito de corrupción privada es un delito mera actividad y de peligro abstracto, que se consuma con la realización de las conductas descritas en los verbos nucleares. Las consecuencias de esta configuración típica en el



ámbito de la consumación son las siguientes: es indiferente que la solicitud o el ofrecimiento sea aceptado por aquel a quien se dirige la oferta (incluso el delito se consuma aunque la oferta sea rechazada); es indiferente que se materialice o realice la entrega u obtención de un beneficio o ventaja por parte del sujeto corrompido; es intrascendente que se favorezca o no materialmente al corruptor o un tercero respecto a sus competidores; la consumación no requiere la causación de un perjuicio patrimonial para el titular de la empresa, ni siquiera exige un peligro efectivo para dicho patrimonio; y habrá consumación aun cuando el producto o servicio ofertados sean mejores en precio y calidad que los de la competencia.

17) Estamos ante un delito unilateral, en la medida en que no requiere necesariamente la existencia de un pacto o aceptación. Las dos hipótesis típicas del art. 286 bis CP se caracterizan porque tanto el corruptor como el corrompido son punibles como autores. Cada uno responderá de su propio delito, ya sea pasivo o activo, sin que le sean aplicables las reglas de coparticipación criminal.

18) En los supuestos en los que el administrador es el sujeto sobornado, hay que plantearse qué delito o delitos comete el administrador de una sociedad que, a causa de haber recibido una dádiva o ventaja, con la finalidad de favorecer a un tercero en el ámbito de la competencia, causa un perjuicio a la sociedad. La solución consiste en apreciar un concurso de delitos y considerar que estamos ante una unidad de acción que da lugar a dos delitos: el administrador que actúa a través de una conducta subsumible en el delito de corrupción privada y, además, con ello genera un perjuicio a la sociedad, cometería tanto este delito como el de administración desleal en una relación de concurso ideal.

En los supuestos en los que el administrador es el sujeto que soborna, hay que distinguir entre los pagos en perjuicio y los pagos en beneficio de la sociedad administrada.

Los pagos corruptos realizados por los administradores, que conllevan como resultado un perjuicio de la sociedad administrada, constituyen un delito de administración desleal. En este caso, el concurso es de delitos y se trata de un concurso ideal: el pago es la única acción, que da lugar a dos delitos.

Sobre los pagos en beneficio de la sociedad administrada, la doctrina mayoritaria entiende que no lesionan el bien jurídico protegido a través del tipo de administración desleal. Pero esta conclusión acerca de la no aplicación del

delito de administración desleal es matizable atendiendo a dos elementos, como son: i) si se considera que el pago ilícito genera un riesgo de sanción para la entidad; y ii) si para realizar el pago ilícito se utilizan fondos no sujetos al control social («cajas negras»). En tales casos, sí existiría el delito de administración desleal y, en consecuencia, un concurso ideal de delitos.

19) La vigencia del delito de corrupción privada plantea disfunciones entre tal conducta y las infracciones recogidas en materia de defensa de la competencia. Concretamente, la inducción a la infracción contractual y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Esta relación debe resolverse desde la perspectiva de una posible concurrencia de sanciones - administrativa y penal-, para lo cual habrá que acudir, en caso de que así sea, a la prohibición del *non bis in idem*.

La misma solución es aplicable a la relación entre el delito del art. 286 bis CP y las infracciones administrativas en materia de medicamentos.

20) La redacción del art. 286 bis CP, especialmente desde la reforma de 2015, permite incluir en el delito de corrupción privada la conducta del médico que percibe un pago indebido de una empresa del sector farmacéutico para que prescriba sus medicamentos a los pacientes que atiende.

21) El administrador de una comunidad de propietarios reúne la condición de «administrador» del art. 286 bis CP, pero desde la reforma de 2015, con la eliminación del concepto «organización» y la remisión al art. 297 CP, las comunidades de propietarios regidas por la Ley de Propiedad Horizontal han quedado excluidas de la redacción típica del art. 286 bis CP.

22) El delito de corrupción entre particulares es uno de los que puede generar responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, conforme a los artículos 31 bis y 288 CP.

23) Tanto el art. 31 bis CP como la Sección 7, apartado (2), de la *Bribery Act 2010* se refieren a los programas de *compliance*, a los que otorgan relevantes efectos para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los principios generales que deben regir un programa de *compliance* son: i) liderazgo, el programa debe ser diseñado y adoptado por la alta dirección de la empresa; ii) análisis de riesgo; iii) establecimiento de procedimientos y controles en la entidad; iv) comunicación y formación; y v) seguimiento, auditoria y respuesta.

El programa citado debe contar con especiales y específicas normas y reglas que permitan prevenir, detectar y perseguir dentro de la empresa la realización de conductas de corrupción privada. Como aspectos del mismo que guardan relación directa y específica con este delito, cabe destacar: i) la prohibición general de todo acto o forma de corrupción privada; ii) la obligación de transparencia; iii) las investigaciones internas; y iv) el ofrecimiento y aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción.

En el programa de *compliance* debe constar una declaración de voluntad de la alta dirección de la empresa sobre el propósito de cumplir la legalidad, prohibiendo estrictamente, en todos los niveles de la entidad, toda forma de corrupción, activa o pasiva, sin distinción de origen, destino o cuantía.

La posibilidad de dotar de transparencia a los procedimientos y actuaciones empresariales en materia de prevención de la corrupción es un mecanismo deseable y como tal debe ser recogido en el programa de *compliance*. Esta necesidad de transparencia se ha convertido en obligación para determinadas empresas en el ámbito de la Unión Europea, desde la promulgación de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014.

Un adecuado programa de *compliance* debe contener la necesidad de realizar investigaciones internas para detectar conductas de corrupción. El *iter* concreto de las investigaciones internas debe adaptarse a las características de cada empresa, su sector de actividad, operaciones comerciales concretas, país en el que suceden los hechos y a las condiciones y circunstancias de los propios sujetos implicados y los hechos ocurridos.

La inclusión de normas que regulen el ofrecimiento o aceptación de regalos, atenciones de hospitalidad y gastos de promoción (obsequios, invitaciones, etc.) es imprescindible en un programa de *compliance*. Sin perjuicio de la existencia de otras reglas, cabe indicar que:

- Se debe establecer la prohibición absoluta de que estos regalos o atenciones se obtengan y ofrezcan mediante dinero en efectivo.

- No se podrán realizar ni se aceptarán, por principio general, los citados regalos y atenciones cuando se dirijan a una persona que está involucrada en una decisión inminente que afecte a los negocios de la empresa que la remite.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. LIBROS Y ARTÍCULOS

ABANTO VÁSQUEZ, M. A., «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia», en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R. y DEMETRIO CRESPO, E. (Directores), *Cuestiones actuales de Derecho Penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, págs. 139 a 175.

- «La responsabilidad penal de las personas Jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal?», *Derecho & Sociedad*, nº 35, 2015, págs. 191 a 211.

AIDT, T. S., «Economic analysis of corruption: a survey», *The Economic Journal*, vol. 113, nº 491, noviembre 2003, págs F632-F652 (disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.0013-0133.2003.00171.x/pdf>).

ALLDRIDGE, P., «The Law Relating to Free Lunches», *Company Lawyer*, 23, 2002, págs. 264 a 273.

- «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA"», *Ohio State Law Journal*, vol. 73, nº 5, 2012, págs. 1181 a 1216.

ANDREAZZA, G. y PISTORELLI, L., «Una prima lettura della L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)», *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 de noviembre de 2012 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353432590RelIII1112.pdf>).

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 339 a 365.

ANDVIG, J. C., «Remarks on Private-to-private corruption», *NUPI*, nº 635, diciembre 2002.

ANGULO, G., «El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles», *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, nº 7-8, enero-diciembre, 2007, págs. 55 a 88.

ARGANDOÑA, A., «Las empresas ante la corrupción», Documento de investigación nº 392, *IESE*, junio, 1999.

- «Private-to-Private Corruption», *IESE Business School Working Paper*, nº 531.

ARGANDOÑA, A. y MOREL BEREDSON, R., «La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial», *Cuadernos de la Cátedra “La Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, nº 4, julio 2009.

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea», *Diario La Ley*, nº 7989, 21 de diciembre de 2012.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «Introducción a la autorregulación», en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 19 a 35.

BACIGALUPO, E., «Concepto de bien jurídico y límites del Derecho Penal», en *Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo I*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 165 a 177.

- «Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)», en *Compliance y Derecho Penal*, FIDE-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs.153 a 166.

- «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos *Kanther/Weyrauch* y *Siemens-KWU*», *Diario La Ley*, nº 7295, 1 de diciembre de 2009.

- «El Derecho Penal en el ámbito de la prevención de riesgos de responsabilidad en las empresas», *La Ley*, año LXXIV, nº 204, 26 de octubre de 2010, Buenos Aires, págs. 1 a 5.

- «La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de *compliance*», en *Compliance y Derecho Penal*, FIDE-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 95 a 122.

- «La prevención de riesgos de responsabilidad penal y administrativa de las empresas», en *Compliance y Derecho Penal*, FIDE-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 13 a 32.

- «La protección penal de la libre competencia en España y el Proyecto de Código penal español de 1980», en *Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo II*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 1323 a 1329.

- «Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal», *Escritura Pública*, nº 61, 2010, págs. 30 y 31.

- *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal/iure, Madrid, 1998.
- «Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa», *Diario La Ley*, nº 8031, 26 de febrero de 2013.
- «Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco», en *Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo I*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 385 a 392.
- «Sobre seguridad jurídica y Derecho Penal económico», *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, Universidad de Chile, nº 1, diciembre 2011, págs. 277 a 291.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO, S. y LIZCANO, J., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Colección Estudios nº 1, EUROsociAL, Madrid, 2013.

BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, 2ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

BALBI, G., «Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2012 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/foto/34123-4.2012.pdf>), págs. 5 a 12.

BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, págs. 215 a 276.

BALLBÉ, M. y CABEDO, Y., «La necesidad de administraciones reguladoras en Latinoamérica para prevenir los ataques especulativos, los riesgos financieros y la defensa de los consumidores», *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia*, nº 57, octubre 2013 (disponible en <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/057-Octubre-2013/Ballbe.pdf>).

BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ, R. y CABEDO, Y., «La crisis financiera causada por la "deregulation" del Derecho Administrativo Americano. El conflicto competencial entre Washington y los Estados para el (des)control de las hipotecas depredadoras: las sentencias de la Corte Suprema *Watters v.*

*Wachovia Bank* de 2007 y *Cuomo v. Clearinghouse* de 2009», en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E, y ALONSO GARCÍA, R. (Coordinadores), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, Civitas, Madrid, 2012, págs. 3709 a 3736.

BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción entre particulares», en *La reforma del Codi Penal (número monográfico)*, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 143 a 154.

- «La corrupción entre privados (art. 286 bis, 287 y 288)» en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 247 a 251.

BAOS VICENTE, V., «La calidad en la prescripción de medicamentos», *Información Terapéutica del Sistema Nacional de Salud*, vol. 23, nº 2, 1999, págs. 45 a 54.

BEAN, B. W. y MACGUIDWIN, E. H., «Reach-Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 18:2, 2012, págs. 1 a 25.

BECKER, G. S., «A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, agosto 1983, págs. 371 a 400.

BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción pública y privada en España a la luz de los delitos contra la Administración pública (Título XIX del Libro II CP español)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 108, 2012, págs. 119 a 139.

BENILLOUCHE, M., «L'incrimination de la corruption en France», en DELMAS-MARTY, M., *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, VII, Les processus d'internationalisation*, M. S. H., París, 2001, págs. 45 a 50.

- «Sobre la fusión de las autoridades de regulación económica en Francia», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 17, septiembre-diciembre 2002, págs. 105 a 114 (traducción de Jacobo López Barja de Quiroga del original «Vers la fusion des autorités de régulation économique en France», *Agon*, nº 33/2001).

BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coordinadores), *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 61 a 93.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIAN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas», *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, nº 81, 2009, págs. 7 a 35.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, págs. 1 a 26.

BERGER, P. R., YANNETT, B. E. y FUHR, D. M., «The use of the Travel Act to prosecute foreign commercial bribery: a review of the denial of the defense motion in United States v. Carson», *FCPA Update*, Debevoise & Plimpton LLP, vol. 3, nº 3, octubre, 2011 (disponible en <http://www.debevoise.com/files/Publication/64730281-500e-48e2-85ca-30f30a991ee/Presentation/PublicationAttachment/4d840f5d-2260-4af4-9852-950dc5af8a1c/fcpaupdateoct2011.pdf>).

BEVILACQUA, B., «Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190)», *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 de mayo de 2013 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1369402874BEVILACQUA2013a.pdf>).

BLACK, J., «Constitutionalising self-regulation», *The Modern Law Review*, vol. 59-1, enero 1996, págs. 24 a 55.

BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1109 y ss.

- «El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06, 2004, págs. 1 a 26 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>).

- «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 27, 2007, Universidade de Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones, págs. 39 a 75.

- «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010.

BLISS, C. y DI TELLA, R., «Does Competition Kill Corruption?», *Journal of Political Economy*, vol. 105, nº 5, octubre 1997, págs. 1001 a 1023.

BOBES SÁNCHEZ, M. J., «Discrecionalidad y Regulación (a propósito de la reciente jurisprudencia del *BVerwG* sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE *Comisión c. Alemania* de 3 de Diciembre de 2009)», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 29, 2012.



BOGOSLAW, D., «Expanding FCPA violations to include commercial bribery», *Corporate Secretary*, 5 de febrero de 2014 (disponible en <http://www.corporatesecretary.com/articles/corruption-internal-investigations/12656/expanding-fcpa-violations-include-commercial-bribery/>).

BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret*, 2/2013 (disponible en [www.indret.com/pdf/966\\_c.pdf](http://www.indret.com/pdf/966_c.pdf)).

BOLES, J., «Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform», en *American Business Law Journal*, vol. 51, nº 1, primavera 2014, págs. 119 a 174.

- «The Two Faces of Bribery: International Corruption Pathways Meet Conflicting Legislative Regimes», *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, nº 4, 2014, págs. 674 a 713.

BOYNE, S.M., *The German Prosecution Service: Guardians of the Law?*, Springer, 2014.

BRACKETT, A. y BONISTALLI, R., «SEC comments bring commercial bribery clearly into FCPA scope», *The FCPA Blog*, 6 de enero de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/1/6/sec-comments-bring-commercial-bribery-clearly-into-fcpa-cop.html#>).

BRESLIN, B., EZICKSON, D. y KOCORAS, J., «The Bribery Act 2010: raising the bar above the US Foreign Corrupt Practices Act», *The Company Lawyer*, vol. 31, nº 11, 2010, págs. 362 a 369.

BREYER, «Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform», *Harvard Law Review*, vol. 92, nº 3, enero 1979, págs. 549 a 609.

BRICKEY, K. F., *Corporate and white collar crime. Cases and materials*, 5ª edición, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2011.

- *Corporate criminal liability. A treatise on the criminal liability of corporations, their officers and agents*, vol. 2, 2ª edición, Clark Boardman Callaghan, 1991-1993 (con adiciones en *2012-2013 Cumulative Supplement*, vol. 2, noviembre 2012, Thomson Reuters, 2012).

BROCKHAUS, M., DANN, M., TEUBNER, P. y TSAMBIKAKIS, M., «Vertragsarzt als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkasse (zugleich Anm. zu OLG Braunschweig StV 2010, 365)», *wistra* 2010, págs. 418 a 422.

BURATTI B. M. y PALAMARA, L., «La responsabilità penale del pubblico dipendente», en TENORE V., BURATTI, B. M. y PALAMARA, L., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente. Responsabilità civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare, dirigenziale*, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milan, 2013, págs. 89 y ss.

BURGER, E. S. y HOLLAND, M. S., «Why the Private Sector is Likely to Lead the Next Stage in the Global Fight Against Corruption», *Fordham International Law Journal*, vol. 30, nº 1, 2006, págs. 45 a 74.

BURKHARD, J., LAUFHÜTTE, H. W. y ODESKY, W. (Editores), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 12ª ed., 2008.

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., «Acceso del empresario al correo electrónico del trabajador», *Diario La Ley*, nº 8198, 25 de noviembre de 2013.

CAINZOS, J. A. y DEL ROSAL, B., «Aplicación extraterritorial de la Ley penal española a los delitos de corrupción entre particulares y en las transacciones económicas internacionales», *Clifford Chance, Client briefing*, marzo 2004 (disponible en [http://www.cliffordchance.com/briefings/2014/03/aplicacion\\_extraterritorialdelaleypena.html](http://www.cliffordchance.com/briefings/2014/03/aplicacion_extraterritorialdelaleypena.html)).

CAMISÓN YAGÜE, J. A., «El informe anticorrupción de la Unión Europea», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, págs. 373 a 388.

CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre particulares», *Lex Nova online* (disponible en <http://www.reformapenal.es/2012/02/22/la-corrupcion-entre-particulares/>).

CAMPBELL, E. G., RAO S. R., DES ROCHES C. M., IEZZONI, L. I., VOGELI, C., BOLCIC-JANKOVIC, D. y MIRALLES, P.D., «Physician professionalism and changes in physician-industry relationships from 2004 to 2009», *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, nº 20, noviembre 2010, págs. 1820 a 1826.

CANNON, M. L. y SMITH, R.C., «US Foreign Corrupt Practices Act versus the UK Bribery Act: a perspective from both sides of the Pond», *Serious Economic Crimes. A boardroom guide to prevention and compliance*, White Page Ltd y Serious Fraud Office, 2011, págs. 92 a 100.

CARBAJO CASCÓN, F., «Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión», en RODRIGUEZ GARCÍA, N. y FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003, págs. 127 a 155.

CARLSON, E., «China healthcare crackdown now includes blacklist», *The FCPA Blog*, 7 de enero de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/1/7/china-healthcare-crackdown-now-includes-blacklist.html>).

CARRILLO DONAIRE, J. A., «La regulación de la seguridad y la calidad industrial y productiva», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 577 a 629.

CARUSO FONTÁN, M. V., «El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 9, 2009, págs. 145 a 172.

CASES, L., «Regulación y competencia. Límites y conexiones», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 425 a 462.

CASSIN, R. L., «China fines GSK \$490 million for bribery», *The FCPA Blog*, 19 de septiembre de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/9/19/china-fines-gsk-490-million-for-bribery.html#>).

- «Feds bust FIFA for racketeering and corruption, fourteen arrests and four guilty pleas», *The FCPA Blog*, 27 de mayo de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/5/27/feds-bust-fifa-for-racketeering-and-corruption-fourteen-arre.html>).

- «How do pharma pay bribes? The SEC counts the ways», *The FCPA Blog*, 3 de marzo de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/3/3/how-do-pharma-pay-bribes-the-sec-counts-the-ways.html>).

- «SEC: Goodyear pays \$16 million to settle Africa bribe charges», *The FCPA Blog*, 24 de febrero de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/2/24/sec-goodyear-pays-16-million-to-settle-africa-bribe-charges.html>).

CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 619 a 633.

- *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

- «El nuevo delito de corrupción privada», en *El nuevo Código Penal*, XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010 (disponible en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura\\_P/1215198020178/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1215198020178/Detalle.html)).

CAVALERIE P., «La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 43, 1997, págs. 609 a 632.

CERINA, G., «La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado», *Iustitia*, Universidad Santo Tomás (Colombia), nº 9, diciembre 2011, págs. 95 a 138.

CHEVARRÍA, F. y SILVESTRE, M., *Sistemas de denuncias y de protección de denunciantes de corrupción en América Latina y Europa*, Colección Documentos de Trabajo nº 2, EUROsociAL, Madrid, 2013.

CHIAROMONTE, C., «Criminal Law in European Countries. Combating Manipulation of Sports Results–Match-fixing», *eu crim, The European criminal law associations' forum*, 2012/1, págs. 30 a 33.

CIARNIELLO, L., «I delitti di concussione e corruzione», en MACRILLÒ, A. (Coordinador), *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione. Alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, Cedam, Milán, 2013, págs. 7 a 133.

CINGARI, F., «La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2012 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/foto/35692012\\_1\\_DPC\\_TRIMESTRALE.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/foto/35692012_1_DPC_TRIMESTRALE.pdf)), págs. 79 a 98.

CLARK, S., «New solutions to the age-old problem of private-sector bribery», *Minnesota Law Review*, nº 97, junio 2013, págs. 2285 a 2319.

CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción entre particulares», en JUANES PECES, A. (Director) y ALBA FIGUERO, M. C. (Coordinadora), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, págs. 225 a 242.

CROPP, N., «The Bribery Act 2010: (4) a comparison with the Foreign Corrupt Practices Act: Nuance v Nous», *Criminal Law Review*, nº 2, 2011, págs. 122 a 141.

CUNNINGHAM, J. P. y MARTIN, G., «SEC Sets Sights On Commercial Bribery», *Law360*, 16 de marzo de 2015 (disponible en <http://www.law360.com/articles/630931/sec-sets-sights-on-commercial-bribery>).

CURBELO SOLARI, I., «Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes», *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, nº 32, enero-junio, 2012, págs. 8 a 124.

DANNECKER, G., «§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr», en KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U. y PAEFFGEN, H. U. (Editores), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, Parte 3, 4ª ed., 2013, págs. 1298 a 1362.

DARNACULLETA I GARDELLA. M. M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

- «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 631 a 667.

- «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 349 a 386.

DAVIS, K. E., «Why does the United States regulate foreign bribery: moralism, self-interest, or altruism?», *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 67, nº 3, 2012, págs. 497 a 511.

DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción entre particulares», *Pérez-Llorca. Newsletter. Enero-Marzo 2011*, págs. 14 a 24.

DECKERT, K., «Corporate Criminal Liability in France», en PIETH, M. e IVORY, R. (Editores), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, 2011, págs. 147 a 176.

DE LA CRUZ FERRER, J., «Causas de la regulación: insuficiencias y fallos del mercado», en *Principios de regulación económica en la Unión Europea* (disponible en <http://cerecom.org/tgenregulacion.htm>).

- «Definición, desarrollo y tipos de regulación», en *Principios de regulación económica en la Unión Europea*.

- «Móviles de la regulación: bien común, intereses y fallos del gobierno», *Principios de regulación económica en la Unión Europea*.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 17, 2003, págs. 5 a 26.

- «La corrupción ante el Derecho y la justicia», *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 de enero de 2014 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1388929330DELACUESTA\\_2014a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1388929330DELACUESTA_2014a.pdf)).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho Penal español?», en DIEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 257 a 290.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, nº 6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 151 a 182.

- *Derecho Penal Europeo y Legislación Española: las Reformas del Código Penal. Actualizado a la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 17, 2006, págs. 81 a 152.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Justicia penal y corrupción: respuestas, carencias, resultados, posibilidades», *Jueces para la democracia*, nº 80, julio 2014, págs. 47 a 73.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del artículo 295 del Código Penal de 1995», en MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinadores), *El Nuevo Derecho Penal Español: Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, págs. 1249 a 1271.

- «Capítulo Cuarto. Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 81 a 125.

- «Mercado bursátil y publicidad engañosa: la intervención del Derecho Penal», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1175 a 1187.

- «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *Diario La Ley*, nº 7670, 11 de julio de 2011.

DEMING, S. H., «Misunderstood: The FIFA scandal and the extraterritorial reach of US law», *OUPblog*, 2 de junio de 2015 (disponible en <http://blog.oup.com/2015/06/fifa-scandal-extraterritorial-reach-of-us-law/>).

DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

DETZNER, J. A., «Compañías y personas no estadounidenses y la FCPA: la ley contra prácticas corruptas en el extranjero», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 796, 15 de abril de 2010, págs. 1 a 12 (traducción del original «Non-U.S. Companies and Persons and the FCPA: The Foreign Corrupt Practices Act», *Foreign Corrupt Practices Act Reporter*, Publisher's Editorial Staff, 2010).

DIAMANT, M., «FCPA + Travel Act: Double trouble?», *CNBC Moneycontrol*, 3 abril 2012.

DI FEDERICO, G., «Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 September 2010», *Common Market Law Review*, vol. 48, nº 2, 2011, págs. 581 a 602.

DIGNAM, A., *Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law*, 7ª edición, Oxford University Press, 2011.

DI MAURO, J., «Johnson & Johnson pays \$2.2 billion for U.S. kickback, off-label settlement», *The FCPA Blog*, 5 de noviembre de 2013 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2013/11/5/johnson-johnson-pays-22-billion-for-us-kickback-off-label-se.html>).

- «SFO director seeks wider enforcement for Bribery Act», *The FCPA Blog*, 7 de febrero de 2014 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2014/2/7/sfo-director-seeks-wider-enforcement-for-bribery-act.html#sthash.XYEBao2j.dpuf>).

DOLCINI, E., «La legge 190/2012: contesto, linee di intervento, spunti critici», *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 de septiembre de 2013 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/13789157381.pdf>).

DOLCINI, E. y VIGANÒ, F., «Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2012, págs. 232 a 246.

DOLMANS, M., VANDERMEERSCH, D. y MODRALLMPLOYEE, J., «The European Court of Justice Denies Professional Legal Privilege to Employed Lawyers», *Relations Law Journal*, vol. 36, nº 4, primavera 2011, págs. 74 a 80.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., «Artículo 14. Inducción a la infracción contractual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Director), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 379 a 404.

EGGERTS, O. y KLÜMPER, M., «Die Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB. Was ändert sich auf Grund des Beschlusses des OLG Braunschweig?», *A&R*, 5/2010, págs. 211 a 217.

EHLERS, A. P. F. y EBERMANN, T., «Beschluss des Oberlandesgerichts Braunschweig und mögliche Folgen. Der Vertragsarzt – nun doch Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des Strafgesetzbuchs?», *Herz*, nº 4, 2010, págs. 292 y 293.

ENCINAR DEL POZO, M. A., «La transparencia de las relaciones mercantiles y la reforma del Código Penal de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, 2011, págs. 169 a 194.

ENGELMANN, G. y KOCORAS, J. C., «China Compliance Update: Commercial Bribery Risks Remain Very Real In China», *McDermott Will & Emery Last*, 15 de febrero de 2014 (disponible en <http://www.mondaq.com/x/293278/Life+Sciences+Biotechnology/China+Compliance+Update+Commercial+Bribery+Risks+Remain+Very+Real+In+China>).

ENGLE, E., «I Get by with a Little Help from my Friends? Understanding the UK Anti-Bribery Statute, by reference to the OECD Convention, and the Foreign Corrupt Practices Act», *The International Lawyer*, invierno 2010, vol. 44, págs. 1173 a 1188.

ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- «El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya», en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 39 a 50.

- «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto



Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 295 a 301.

- «La regulación de la economía desde el Estado garante» (disponible en [grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulación\\_Esteve.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulación_Esteve.pdf)).

ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción entre particulares*, ed. fe d'erratas, Madrid, 2013.

ESTRADA CUADRAS, A., «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret*, nº 341, 2/2006 (disponible en [www.indret.com/pdf/341\\_es-2.pdf](http://www.indret.com/pdf/341_es-2.pdf)).

FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», en FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coordinador), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 17 a 20.

FARALDO CABANA, P., «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios penales y criminológicos*, nº 23 (2001-2002), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, págs. 59 a 98.

FEBBRAI, R., «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità», en CERQUA, L. D., *Diritto penale delle società*, Wolters Kluwer, 2009, págs. 577 a 619.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MIRÓ LLINARES, F. (Directores), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 139 a 182.

FERGUSON, G., «Corruption and Corporate Criminal Liability», *The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*, mayo, 1998.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos “BT/Telefónica” y “Tabacos de Canarias”», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 201, junio/julio, 1999, págs. 9 a 34.

FISCHER, T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 55ª ed., C. H. Beck, 2008.

FISHBEIN, S., UROFSKY, P. y KELLY, R., «The UK Bribery Act 2010», *The Review of Securities & Commodities Regulation*, vol. 44, nº 14, 17 de Agosto de 2011, págs. 171 a 179.

FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado», *Revista penal*, nº 12, 2003, págs. 61 a 71. También publicada, con el título «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Editor), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 323 a 338.

- «La “corrupción privada”. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coordinadores), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, págs. 381 a 393.

FOLGUERA CRESPO, J. A., «¿Puede el empresario controlar los ordenadores y correos electrónicos de sus empleados? (STC 170/2013, as. “Alcaliber”)», *otrosí*, nº 3, 2013, págs. 51 a 53.

FOWLER, M., «Beyond the FCPA: Commercial Bribery, the Travel Act, and Compliance», *FCPAméricas Blog*, 14 de mayo de 2013 (disponible en <http://fcpamericas.com/english/anti-corruption-compliance/beyond-the-fcpa-commercial-bribery-the-travel-act-and-compliance/#>).

FOX, R. T., «Robert Kennedy, the Travel Act and the FCPA», *FCPA Compliance and Ethics Blog*, 11 de enero de 2010 (disponible en <http://tfoxlaw.wordpress.com/2010/01/11/robert-kennedy-the-travel-act-and-the-fcpa/>).

FRIEDMAN, M., «The social responsibility of business is to increase its profits», *New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970 (también disponible en GHILLYER, A., *Business Ethics Now*, 3ª ed., McGraw-Hill, New York, 2012, págs. 211 a 214).

FUNK, T. M. y SINK, M., «Regulatory: U.S. Travel Act JOINS FCPA on the compliance main stage. Commercial bribery as the new DOJ target», *InsideCounsel*, 30 de enero de 2013 (disponible en <http://www.insidecounsel.com/2013/01/30/regulatory-us-travel-act-joins-fcpa-on-the-compliance>).

GABRIEL, D. B., «The Scope of Bribery under the Travel Act», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 70, nº 3, otoño 1979, págs. 337 a 348.

GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinador), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 553 a 576.

GARDINER, J. A., «Defining corruption», *Corruption and reform*, vol. 7, nº 2, 1993, págs. 111 a 124.

GAROFOLI, R., «Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie», *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 febrero 2013 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1361281727GAROFOLI2013b.pdf>).

GARZÓN VALDÉS, E., «Acerca del concepto de corrupción», *Claves de Razón Práctica*, nº 56, 1995, págs. 26 y ss.

GENTLE, S., «The Bribery Act 2010-The corporate offence», *Criminal Law Review*, 2011, 2, págs. 101 a 110.

GIAVAZZI, S., COTTONE, F. y DE ROSA, M., «The ABC Model: The General Framework for an Anti-Bribery Compliance Program», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (Editores), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, págs. 111 a 124.

GILARDI, F., *Delegation in the regulatory state: independent regulatory agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham-Massachusetts, 2008.

GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09-13, 2007, págs. 1 a 35 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>).

GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Corrupción y delito de administración desleal», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-234, Tomo 7.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, págs. 225 a 243.

GÓMEZ PAVÓN, P., «Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código Penal», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 951 a 967.

- *La intimidación como objeto de protección penal*, Akal/iure, Madrid, 1989.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 272», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1045 a 1047.

GONZÁLEZ BLESÁ, F. J., «Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP», *noticias.jurídicas.com*, 26 de mayo de 2012 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp-/>).

GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código Penal», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (Coordinador), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 137 a 160.

GRAEFF, P., SCHRÖDER, K. y WOLF, S., *Der Korruptionsfall Siemens: Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland*, Nomos, 2009.

GREEN, S. P., *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford University Press Inc., New York, 2006.

- «Official and commercial bribery: should they be distinguished?», en HORDER, J. y ALLDRIDGE, P. (Editores), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, págs. 39 a 65.

- «What's Wrong With Bribery», en DUFF, R. A. y GREEN, S. P. (Editores), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press Inc., New York, 2005, págs. 143 a 167.

GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions of white collar crime culpability: bribery, perjury, and fraud», *Law and Contemporary Problems*, vol. 75, nº 2, 2012, págs. 33 a 59.

GREENE, C. L., «Bribery, Kickbacks and Payoffs», *McGovern & Greene LLP Article Archives* (disponible en [http://www.mcgovernngreene.com/archives/archive\\_articles/Craig\\_Greene\\_Archives/bribery-kickbacks-payoffs.html](http://www.mcgovernngreene.com/archives/archive_articles/Craig_Greene_Archives/bribery-kickbacks-payoffs.html)).

GREENWOOD, N. y WALDRON, D., «UK Government Announces Changes to Bribery Regime», *Morgan, Lewis & Bockius LLP*, 16 de octubre de 2013 (disponible en [http://www.morganlewis.com/~media/files/publication/lawflashclient%20alert/litigation%20lawflash/lit\\_lf\\_ukannounceschangestobriberyregime\\_16oct13.ashx](http://www.morganlewis.com/~media/files/publication/lawflashclient%20alert/litigation%20lawflash/lit_lf_ukannounceschangestobriberyregime_16oct13.ashx)).

GUP, B. E. (Editor), *Too big to fail: policies and practices in government bailouts*, Praeger Publishers, Westport, 2004.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal del empresario en el derecho español: aspectos generales y de aplicación práctica», *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, 2 (2012), CEDPE, págs. 87 a 109.

HARRISON, K. y RYDER, N., *The Law Relating to Financial Crime in the United Kingdom*, Ashgate Publishing, 2013 (reimpresiones en 2014 y 2015).

HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto» (traducción de Eduardo Salazar Ortuño), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 04-14, 2002 (disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf)).

HEIDENHEIMER, A. J., «Perspectives on the Perception of Corruption», en HEIDENHEIMER, A. J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. T., *Political Corruption. Concepts & Contexts*, 3ª edición, Transaction Publishers, New Brunswick (New Jersey), 2002, págs 141 a 154.

HEINE, G., «Comparative Analysis», en HEINE, G. y ROSE, T.O., *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures. A Project Report*, Edition Iuscrim, págs. 7 a 21.

- En SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. 29ª, C. H. Beck, 2014, § 299.

HEINEMAN, Jr., B. W., «View from the inside - Robust anti-corruption programmes in a high-performance with high integrity global company», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, Transparency International y Cambridge University Press, 2009, págs. 92 a 94.

HELLMANN, U. y BECKEMPER, K., *Wirtschaftsstrafrecht*, Kohlhammer, 2008.

HESS, D., «Corruption in the value chain: private-to-private and private-to-public corruption», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, Transparency International y Cambridge University Press, 2009, págs. 19 a 23.

HILLEBRECHT J. M. y GANS K. S., «Is DOJ moving beyond the FCPA? The anti-corruption net widens to embrace commercial bribery», *DlaPiper*, 28 de septiembre de 2010 (disponible en <http://www.dlapiper.com/is-doj-moving-beyond-the-fcpa-the-anti-corruption-net-widens-to-embrace-commercial-bribery/>).

HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective», *Journal of Economic Issues*, vol. 41, nº 4, 2007, págs. 1043 a 1062.

HORMAZÁBAL MALAARÉ, H., «Consideraciones en torno a la incriminación de conductas lesivas de la competencia», *Revista Técnico Laboral*, nº 15, vol. V, 1983.

HOWARD, D. M., KRAUSE, C. A. y GIBSON, W., «Private commercial bribery: the next wave of anti-corruption enforcement?», *ACC Lexology*, 14 de abril de 2010 (disponible en <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9975ef8f-95c0-4a5a-8c45-27c4e800f338>).

HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional» (traducción de Ontiveros Alonso M. del original «Die Bekämpfung der Korruption aus supranationaler Sicht»), en HUBER, B., *Cuestiones del Derecho Penal europeo*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 31 a 57 (también publicado en *Revista Penal*, nº 11, 2003, págs. 41 a 52).

HUNTINGTON, S. P., *Political order in changing societies*, New Haven, Yale University Press, 1968.

IÑARRITU, B., «Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea», en *La contribución de la Unión Europea a la gobernanza global*, Cuadernos Europeos de Deusto, nº 45/2011, Instituto Europeo de Estudios, Bilbao, págs. 235 a 254.

JAIN, A. K., «Corruption: a review», *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, nº 1, febrero 2001, págs. 71 a 121.

JIMÉNEZ-GUSI, R., «Cómo limitar la responsabilidad penal de la persona jurídica: los cinco elementos esenciales de un programa de *Corporate Compliance*», *Comunicaciones en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia*, nº 63, julio-septiembre, 2011, págs. 167 a 173.

JOHNSEN, B., «The Ethics of “Commercial Bribery”: Integrative Social Contract Theory Meets Transaction Cost Economics», *Journal of Business Ethics*, vol. 88, nº 4, octubre 2009, págs. 791 a 803.

KAPTEIN, M., «The living business code: improving corporate integrity and reducing corruption from the inside», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, Transparency International y Cambridge University Press, 2009, págs. 83 a 86.

KAPTEIN, M. y SCHWARTZ, M., «The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model», *Journal of Business Ethics*, vol. 77, nº 2, 2008, págs. 111 a 127.

KAUFMANN, D., «Corruption: the facts», *Foreign Policy*, vol. 107, nº 1, 1997, págs. 114 a 131.

KAUFMANN, D. y WEI, S. J., «Does "Grease Money" speed up the wheels of commerce?», *NBER Working Paper*, nº 7093, abril 1999.

KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán» (traducción de García Caverro, P.), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3, 2007, págs. 1 a 18 (disponible en <http://www.politicacriminal.cl>).

KIRTON, J. J. y TREBILCOCK, M. J., *Hard choices, soft law. Voluntary standards in global trade, environment and social governance*, Ashgate Publishing Limited, Hants-Burlington, 2004.

KLINKHAMMER, J., «Varieties of corruption in the shadow of Siemens: a modus operandi study of corporate crime on the supply side of corrupt transactions», en VAN ERP, J., HUISMAN, W. y VANDE WALLE, G., *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, págs. 318 a 335.

KLÜMPER, M., «§ 299 StGB – Die Konsequenzen aus dem Beschluss des OLG Braunschweig. Droht das Aus für die Zusammenarbeit von Industrieunternehmen mit niedergelassenen Ärzten?», *Lützel und Partner Rechtsanwälte. Newsletter: Compliance* (disponible en <http://www.luetzeler.eu/downloads/newslettercomplianceolgbraunschweig299stgb.pdf>).

KNIERIM, T., «Erfordernisse und Grenzen der "internal investigations"», en ROTSCH, T. (Editor), *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, 2001.

KNIERIM, T., RÜBENSTAHL, M. y TSAMBIKAKIS, M. (Editores), *"Internal investigations". Ermittlungen im Unternehmen*, 2013.

KOCHAN, N., «The UK Bribery Act: Britain's New Legal Landscape», *Criminal Justice*, American Bar Association, vol. 28, nº 3, otoño 2013, págs. 46 a 51.

KOENIG, D. R., *Governance Reimagined: Organizational Design, Risk, and Value Creation*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2012.

KORKOR, S. y RYZNAR, M., «Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing», en *Missouri Law Review*, vol. 76, nº 2, 2011, págs. 415 a 453.

KUBICIEL, M., «Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13/2014, págs. 667 a 673.

KUDLICH, H. y OGLAKCIOGLU, M. T., *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., C. F. Müller, 2014.

KÜHL, K., en LACKNER, K. y KÜHL, K., *Strafgesetzbuch*, 28ª ed., C. H. Beck, 2014, § 299 StGB.

LASA LÓPEZ, A., «La contribución de la Unión Europea a la gobernanza económica mundial ante la crisis del paradigma globalizador», en *La contribución de la Unión Europea a la gobernanza global, Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 45/2011, Instituto Europeo de Estudios, Bilbao, págs. 67 a 96.

LASCURAÍN, J. A., «Compliance, debido control y unos refrescos», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 111 a 135.

LEVINE, J., ZIRKELBACH, G., HAHN, D. y ROWAN, D., «The Envolving Landscape of Legal Privilege in Internal Investigations», *Criminal Justice*, verano 2015, págs. 20 a 25.

LIGHT, P. C., *Government's greatest achievements. From civil rights to homeland defense*, The Brookings Institution, Washington, D. C., 2002.

LIU, Q., LUO, T. y TIAN, G., «Political connections with corrupt government bureaucrats and corporate M&A decisions: A natural experiment from the anti-corruption cases in China» (disponible en <http://www.massey.ac.nz/massey/learning/colleges/college-business/school-of-economics-and-finance/research/manawatu-seminar-series/manawatu-seminar-series-2015.cfm>).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- «Libro II. Título XIX. Capítulo IV. Del cohecho», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III*, Trivium, Madrid, 1997, págs. 3982 y ss.

- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

- *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 6ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

LYNCH, G. E., «RICO: The Crime of Being a Criminal. Parts I & II», *Columbia Law Review*, vol. 87, nº 4, mayo, 1987, págs. 661 a 774.

- «RICO: The Crime of Being a Criminal. Parts III & IV», *Columbia Law Review*, vol. 87, nº 5, junio, 1987, págs. 920 a 984.



MALEM SEÑA, J. E., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa editorial, Barcelona, 2002.

MANACORDA, S., «Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a “Hybrid Normativity”», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (Editores), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, págs. 3 a 30.

MANES, V., «La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas- Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)» (traducción del original de Torres Fernández, M. E.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9, 2007, págs. 1 a 20 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>).

MANNOZZI G., «Corruzione e salute dei cittadini: le nuove dinamiche del "comparaggio" farmaceutico», en BERTOLINO, M., FORTI, G. y EUSEBI, L. (Editores), *Studi in onore di Mario Romano*, Giuffrè, Milano, 2011, págs. 1585 a 1620.

MANUELITO, S., CORREIA, F. y JIMÉNEZ, L. F., «La crisis sub-prime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe», *CEPAL-Serie Macroeconomía del desarrollo*, nº 79, Santiago de Chile, febrero, 2009.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a la Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, 2015.

MARCHENA GÓMEZ, M., «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Diario La Ley*, nº 6475, 4 de mayo de 2006.

MAROÑO GARGALLO, M. M., «Sentencia de 23 de mayo de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Civitas, nº 76, enero-abril, 2008, págs. 111 a 129.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 504 a 513.

- «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN,

P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 690 a 716.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., «Corrupción privada y corrupción en el deporte», en MUÑOZ CONDE, F. (Director) y DEL CARPIO DELGADO, J. y GALÁN MUÑOZ, A. (Coordinadores), *Análisis de las Reformas Penales. Presente y Futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 351 a 376.

MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1999.

- «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en SALA ARQUER, J. M., MASSAGUER FUENTES, J., FOLGUERA CRESPO, J. y GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 218 a 243.

MATÍA SACRISTÁN, A., «El Tratado de Lisboa en el proceso de construcción europea», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 2058, 2008, págs. 1023 a 1036.

Mc INERNEY, T. F., «The regulation of bribery in the United States», *Revue internationale de droit pénal*, 2002/1, vol. 73, págs. 81 a 107.

Mc LEAN, N. M., «Cross-National Patterns in FCPA Enforcement», *The Yale Law Journal*, vol. 121, nº 7, 2012, págs. 1970 a 2012.

Mc NEIL, B. F. y BRIAN, B. D., *Internal Corporate Investigations*, 2007.

MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Director), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 425 a 451.

- «Sección 17. Corrupción entre particulares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2011, págs. 1098 a 1101.

MENN, M., *Der geschäftliche Betrieb als Dritter iSv § 299 StGB: Zugleich ein Beitrag zu Auslegung und Reichweite des strafrechtlichen Bestechungsverbots*, C. F. Müller, 2015.

MESTRE DELGADO, E., «Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal», *La ley penal*, nº 61, 2009, pág. 5 y ss.

MIRÓ LLINARES, F., «Capítulo vigésimo. Delitos contra los bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma Penal», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/5015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 613 a 658.

MIROW, M., «Retos a la estrategia empresarial del siglo XXI», *Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, nº 337, mayo de 2011.

MÖLDERS, S., *Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr: Zur Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Sachverhalte mit Auslandsbezug*, Peter Labg GmbH, Frankfurt am Main, 2009.

MOLINA BLAZQUEZ, C., *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

MONTANARI, M., «Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali. Le valutazioni in materia nei rapporti del GRECO e del WGB», *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 de octubre de 2014 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/1-/1-/3337-dove\\_eravamo\\_rimasti\\_la\\_riforma\\_dei\\_delitti\\_di\\_corruzione\\_al\\_vaglio\\_delle\\_organizzazioni\\_internazionali/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/1-/1-/3337-dove_eravamo_rimasti_la_riforma_dei_delitti_di_corruzione_al_vaglio_delle_organizzazioni_internazionali/)).

- «La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea, del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 de julio de 2012 (disponible en <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1341134726Montanari-DPC.pdf>).

MONTEITH, C., «Bribery and corruption: the UK framework for enforcement», en HORDER, J. y ALLDRIDGE, P. (Editores), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, págs. 251 a 266.

MONTIEL, J. P., «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 40, agosto de 2013.

MORA MOLINA, J. J., «Corrupción y rendición de cuentas», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año nº 18, nº 30, 2014, págs. 145 a 172.

MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)», en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 119 a 137.

MÖRTH, U., *Soft law in governance and regulation. An interdisciplinary analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham-Massachusetts, 2004.

MOOSMAYER, K., «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales» (traducción de Adán Nieto Martín del original Moosmayer, K. y Hartwig, N., *Interne Untersuchungen*, 2012, págs. 1 a 6), en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 137 a 144.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», en *La Corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 93 a 103 –también publicado en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, diciembre 2011, págs. 9 a 19-.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., «La aplicación del principio de interpretación conforme a las Decisiones-marco: ¿hacia el efecto directo? Especial referencia al caso *Pupino*», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores) y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (Coordinadora), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, págs. 291 a 324.

MUÑOZ MACHADO, S., «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Directores), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, págs. 16 a 243.

MUSCO, E., *I nuovi reati societari*, 3ª edición, Giuffrè, Milano, 2007.

NAVARRO CARDOSO, F., «Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014, págs. 101 a 142.

NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, 4/2011 (disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247787/331746>).

NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares», en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 105 a 119.

- «El delito de corrupción entre particulares», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011.

NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012.

NICHOLS, P. M., «Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation», *The Yale Journal of International Law*, nº 24, invierno 1999, págs. 257 y ss.

NICHOLLS, M., DANIEL, T., BACARESE, A. y HATCHARD, J., *Corruption and Misuse of Public Office*, 2ª edición, Oxford University Press, 2011.

NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (Directores), *Los caminos de la armonización penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 419 a 455.

- «Corrupción en el sector privado o corrupción de empleados», en GÓMEZ RIVERO, M. C. (Coordinadora), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 474 y ss.

- «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, nº 12, 2003, págs. 3 a 26.

- «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *Revista penal*, nº 10, 2002, págs. 55 a 69.

- «La privatización de la lucha contra la corrupción», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 191 a 210.

- «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo (comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, nº 17, 2006, págs. 105 a 122 -también publicado en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores) y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (Coordinadora), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, págs. 325 a 343-.

NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre privados», en *La armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al nº 2015, págs. 217 a 224.

NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista penal*, nº 17, 2006, págs. 110 a 141.

NÖCKEL, A., «Grundprobleme zu § 299 StGB. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 1/2013, págs. 50 a 56.

NYE, J. S., «Corruption and political development: a cost-benefit analysis», *American Political Science Review*, vol. 61, nº 2, 1967, págs. 417 a 427.

O'MAY, N. y TORODE, J., «Financial Crime and Corporate Criminal Liability: What Next?», *Banking and finance disputes review*, mayo, 2015 (disponible en <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/129042/financial-crime-and-corporate-criminal-liability-what-next>).

ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas», *El Derecho*, 1 de mayo de 2011 (disponible en [http://www.elderecho.com/contable/corrupción-particulares-significativo-directivos-empresas\\_11\\_271930001.html](http://www.elderecho.com/contable/corrupción-particulares-significativo-directivos-empresas_11_271930001.html)).

ORMEROD, D. C., *Blackstone's Criminal Practice*, 22ª edición, Oxford University Press, 2012.

OSIFO, C., «Combating Bribery as an Issue of Different Dimensions», *Proceedings of the University of Vaasa*, Working Papers 5, 2012.

OTERO GONZÁLEZ, P., «Corrupción entre particulares (Delito de)», *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 3, septiembre 2012-febrero 2013, págs. 174 a 183.

- «La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *La Ley Penal*, nº 87, noviembre 2011.

PÁEZ PÉREZ, P. y SILVA RUIZ, J., «Las teorías de la regulación y privatización de los servicios públicos», *Administración & Desarrollo*, vol. 38, nº 52, 2011.

PALÁ LAGUNA, R., «Soft law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2010.

PALAZZO, F., «Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda», *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2012, págs. 227 a 231.

PALOMO DEL ARCO, A., «El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados Miembros», *Revista General de Derecho Penal*, nº 1, mayo 2004.

PAULY, M. V., «The Ethics and Economics of Kickbacks and Fee Splitting», *The Bell Journal of Economics*, vol. 10, nº 1, primavera 1979, págs. 344 a 352.

PELTZMAN, S., «The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation», *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, 1989, págs. 1 a 59.

- «Toward a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, vol. 19, agosto 1976, págs. 211 a 240.

PEREIRA, B., «Éthique commerciale, bonne gouvernance des entreprises et corruption internationale», *Revue internationale de droit économique*, 2008/1, Tomo XXII, 1 (disponible en <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2008-1-page-5.htm>).

- «Éthique, gouvernance et corruption», *Revue française de gestion*, 6/2008, nº 186, págs. 53 a 77.

PÉREZ DEL VALLE, C., «Introducción al Derecho penal económico», en BACIGALUPO, E. (Director), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 19 a 39.

PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio», en *La nueva regulación de la corrupción*, Cuadernos Digitales de Formación, 1/2012, CGPJ.

PIETH, M., «Article 2. The Responsibility of Legal Persons», en PIETH, M., LÖTE, L. A. y CULLEN, P. J. (Editores), *The OECD Convention of Combating Bribery, A commentary*, Cambridge, 2007, págs. 173 y ss.

PIETH, M., «La armonización del Derecho penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (Directores), *Los caminos de la armonización penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 293 a 329.

PODGOR. E. S. e ISRAEL, J. H., *White Collar Crime in a Nutshell*, 4ª edición, Thomson Reuters, 2009.

POLLOCK, J. M., *Criminal Law*, 10ª edición, Anderson Publishing, 2013.

PORTERO HENARES, M., «La "privatización" de las leyes penales en blanco. El caso del delito de corrupción privada del artículo 286 bis del Código Penal», *La Ley Penal*, nº 112, enero-febrero, 2015.

POSNER, R. A., «Taxation by Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, primavera 1971, págs. 22 a 50.

- «Theories of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, otoño 1974, págs. 335 a 358.

PRÍBORSKÝ, M., «The European Union and the UN Convention against Corruption», *eucrim, The European criminal law associations' forum*, 2012/1, págs. 34 a 38.

PUENTE ABA, L. M., «Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director) y MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO (Coordinadoras), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 915 a 922.

- «Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter (art. 286 quáter)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director) y MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO (Coordinadoras), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 931 a 933.

- «Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 3-4/2014, págs. 82 a 104.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.

- «Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de código penal», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 147, marzo 2010, págs. 15 a 19.

- «Reflexiones marginales sobre la corrupción», en *La corrupción en la gestión política*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 8/2013.

QUINONES, E., «L'évolution du droit international en matière de corruption: la convention de l'OCDE», *Annuaire français de droit international*, vol. 49, 2003, págs. 563 a 574.

RAAD, A. y WRIGHT, L., «Global Anti-Corruption Compliance: The One-Stop Shop», en *Criminal Justice*, American Bar Association, invierno 2012, págs. 8 a 11.

REHMANN, W. y HEIMHALT, D., «Bribery Act - Germany gets ready for stricter criminal laws», *TaylorWessing* (disponible en <http://www.taylorwessing.com/synapse/march15.html>).

RIFFAULT-SILK, J., «La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, nº 2, 2002, págs. 639 a 661.



ROCA DE AGAPITO, L., «La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública», en ALVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y ALVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 759 a 800.

RODRIGUEZ, A. y KNIFFEN, M. P., «Liability under the Travel Act for commercial bribery», *Corporate officers & Directors liability. Westlaw Journal*, vol. 28/8, octubre 2012.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual. A propósito de la STC de 7 de octubre de 2013», *Diario La Ley*, nº 8195, 20 de noviembre de 2013.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Introducción al análisis económico de la corrupción», en FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinador), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 21 a 26.

- «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho», en RODRIGUEZ GARCÍA, N. y FABIAN CAPARRÓS, E. (Coordinadores), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2003.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Protección penal del mercado financiero», en ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *Derecho bancario y bursátil*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2012, págs. 685 a 703.

- «¡*Societas delinquere potest!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión», *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-299, Tomo 5, págs. 1490 a 1495.

ROGERS, H. L. y CRISHAM, E., «In FCPA Compliance, Don't Forget About The Travel Act», *Law 360*, 9 de mayo de 2013 (disponible en <http://www.law360.com/articles/439533/in-fcpa-compliance-don-t-forget-about-the-travel-act>).

ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws», *The University of Chicago Legal Forum*, 2012, págs. 151 a 194.

RÖNNAU, T., *Wirtschaftskorruption*, en ACHENBACH, H. y RANSIEK, A. (Editores), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., C. F. Müller, 2012, págs. 200 a 306

ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 99, 2009, págs. 93 a 123.

ROSE, T. O., «Introduction», en HEINE, G. y ROSE, T. O., *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures. A Project Report*, Edition Iuscrim, págs. 1 a 6.

ROSE-ACKERMAN, S., «Corruption and government», *International Peacekeeping*, vol. 15, nº 3, junio 2008, págs. 328 a 343.

- *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España, Madrid, 2001 (traducción de Alfonso Colodrón Gómez).

- «Measuring Private Sector Corruption», *U4 Brief*, nº 5, septiembre 2007 (disponible en <http://www.cmi.no/publications/publication/?2755=measuring-private-sector-corruption>).

ROUQUIE, S., *L'argent illicite et les affaires*, AEF, 2002.

ROXIN, C., «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen» (traducción de Manuel Cancio Meliá), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15-01, 2013, págs. 1 a 27 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>).

RUPP, J. P. y FINK, D., «Foreign commercial bribery and the long reach of U.S. law», *Bloomberg Law Reports. Corporate and M&A Law*, vol. 6, nº 3, 2012 (disponible en [http://www.cov.com/files/Publication/6f93a9ee-340d-49b3-83fe-25d3ddc8ced/Presentation/PublicationAttachment/5af5fff4-f264-42f2-aa ce-2781d6869cd9/Foreign\\_Commercial\\_Bribery\\_and\\_the\\_Long\\_Reach\\_of\\_U.S.\\_Law.pdf](http://www.cov.com/files/Publication/6f93a9ee-340d-49b3-83fe-25d3ddc8ced/Presentation/PublicationAttachment/5af5fff4-f264-42f2-aa ce-2781d6869cd9/Foreign_Commercial_Bribery_and_the_Long_Reach_of_U.S._Law.pdf)).

RYDER, N., GRIFFITHS, M. y SINGH, L., *Commercial Law. Principles and Policy*, Cambridge University Press, 2012.

RYZNAR, M. y KORKOR, S., «Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing», *Missouri Law Review*, vol. 76, nº 2, primavera 2011, págs. 415 a 453.

SAHAN, O., «Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 1 StGB?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2007, págs. 69 a 74.

SALA ARQUER, J. M., «Organismos de supervisión y regulación: balance y perspectivas de futuro», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 24, junio 2011, págs. 81 a 90.

SALAZAR, L., «Monitoring International Instruments against Corruption. Any Need for Better Coordination...?», *eucrim, The European criminal law associations' forum*, 2012/1, págs. 20 a 24.

SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, Ed. Reus, Madrid, 1927.

SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en el sector privado», *Curso: Delincuencia económica y societaria*, Consejo General del Poder Judicial, 21 de junio de 2010 (disponible en <https://www3.poderjudicial>).

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1207 a 1226.

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «El control del uso laboral del ordenador por parte del empresario: la consolidación del criterio doctrinal iniciado por el TS. A propósito de la STS de 8 de marzo de 2011, R. 1826/2010», *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, número 90, 5ª época, 2011, págs. 61 a 68.

SANDHOLTZ, W. y KOETZLE, W., «Accounting for corruption: economic structure, democracy, and trade», *International Studies Quarterly*, nº 44, 2000, págs. 31 a 50.

SANTANA VEGA, D. M., «La ley antisoborno del Reino Unido (*Bribery Act, 2010*)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 111, 2013, págs. 237 a 268.

SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 634 a 637.

SCHIPANI, C. A., LIU, J. y XU, H. «Doing Business in a Connected Society: The GSK Bribery Scandal in China», *Ross School of Business Working Paper*, nº 1268, marzo 2015.

SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. 29ª, C. H. Beck, 2014.

SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de administración desleal» (traducción de Carlos Gómez Jara Díez del original «Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes», publicado en *NStZ*,

2006, págs. 196 a 203), en JAKOBS, G., SCHÜNEMANN, B. y GÓMEZ JARA DÍEZ, C., *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 123 a 148.

- «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea» (traducción realizada por Mariana Sacher del original «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungsorgane in der Europäischen Union»), en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Director) y BACIGALUPO SAGGESE, S. y GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (Coordinadores), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico. Mesas redondas Derecho y Economía*, CERASA, Madrid, 2006.

SELZNICK, P., «Focusing Organizational Research on Regulation», en NOLL, R. G. (Editor), *Regulatory policy and the social sciences*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles-Londres, 1985, págs. 363 a 367.

SENDEN, L., *Soft law in European Community law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites. Sentencia del Tribunal Constitucional, 170/2013, de 7 de octubre de 2013», *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 122/2013, págs. 197 a 214.

SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., «Consideraciones en torno a la protección penal del Know-how», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 43, 3, 1990, págs. 859 a 878.

SHU, X., «Contagion Effect of Unethical Pro-Organizational Behavior among Members within Organization», *Metallurgical and Mining Industry Journal*, nº 5, 2015, págs. 235 a 242.

SHULMAN, S., «The Criminalization of Bribery: Can the Foreign Corrupt Practices Act be Applicable to the Anti-Bribery Provisions of The United Nations Convention Against Corruption?», *American University International Law Review*, vol. 29, nº 3, 2014, págs. 718 a 753.

SIEBER, U., «Los programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica» (traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, del original «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität», en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colonia, 2008, págs. 449 a 484), en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 64 a 109.

SIFONTES, D., «Regulación económica y Agencias Regulatorias Independientes: una revisión de la literatura», *Contribuciones a la economía*, octubre 2003, págs. 21 y ss (disponible en <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>).

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Director) y PASTOR MUÑOZ, N. (Coordinadora), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, págs. 419 a 436.

- «Los delitos patrimoniales y económico-financieros», *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010.

- «¿Pueden los notarios pagar comisiones para captar clientes?», *El Notario del Siglo XXI*, nº 41, enero-febrero, 2012, págs. 194 a 197.

SPENA, A., «Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali», *Rivista Trimestrale de Diritto Penale dell'economia*, nº 4, 2007, págs. 805 a 844.

SPENCER, K. H., *Internal Investigations: A Basic Guide Anyone Can Use*, 2009.

SPEHL, S. y GRÜTZNER, T., *"Corporate Internal investigations"*, 2012.

SPRAFKE, J., *Criminal Compliance. Korruption, Strafrecht und Compliance*, 2010.

STANLEY, K. D., LOREDO, E. N., BURGER, N., MILES, J. N. V. y SALOGA, C. W., *Business Bribery Risk Assessment*, RAND Corporation, Santa Mónica, 2014.

STERN, G. H. y FELDMAN, R. J., *Too big to fail: the hazards of bank bailouts*, The Brookings Institution, Washington, 2004.

STIGLER, G. J., «The Process of Economic Regulation», *Antitrust Bull.*, nº 17, 1972, págs. 207 y ss.

- «The theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, vol. 2-1, págs. 3 a 21.

STRADER, K. J., *Understanding White Collar Crimes*, 3ª ed., 2011.

STRAUSS, P. L., «The place of agencies in Government: separation of powers and the four branch», *Columbia Law Review*, vol. 84, nº 3, abril 1984, págs. 574 y ss.

SUDEROW, J., «Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, págs. 316 a 325.

SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery: what GCs should know about the Achilles heel of anti-bribery law», *Client Alert Pillsbury*, 9 de marzo de 2012 (disponible en [http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/CorporateInvestigationsWhiteCollarDefenseAlertComplianceProgramOverlookCommercialBribery030912\\_final.pdf](http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/CorporateInvestigationsWhiteCollarDefenseAlertComplianceProgramOverlookCommercialBribery030912_final.pdf)).

SUTHERLAND, E. H., «Is "White Collar Crime" Crime?», *American Sociological Review*, vol. 10, nº 2, 1944 Annual Meeting Papers, abril, 1945, págs. 132 a 139.

- *El Delito de Cuello Blanco* (traducción de Rosa del Olmo), Ediciones de la Biblioteca U.C.V., Caracas, 1969.

- *White Collar Crime*, Dryden Press, New York, 1949.

- *White Collar Crime: The Uncut Version*, Yale University Press, New Haven, 1983.

- «White-Collar Criminality», *American Sociological Review*, vol. 5, nº 1, febrero, 1940, págs. 1 a 12.

TAYLOR, A., «Does competition cause corruption?», *The FCPA Blog*, 22 de junio de 2015 (disponible en <http://www.fcpablog.com/blog/2015/6/22/alison-taylor-does-competition-cause-corruption.html>).

TIEDEMANN, K., «Business-related Criminal Law in Europe: A Critical Inventory», *International and Comparative Law Review*, vol. 20, nº 1, primavera 2013 (traducción de Edgardo Rotman), págs. 135 a 162.

- «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 31 a 42.

- «La responsabilidad de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado» (traducido por Diego Iniesta), en GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coordinadores), *La reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón de la Plana, 1997, págs. 23 a 48.

- En BURKHARD, J., LAUFHÜTTE, H. W. y ODESKY, W. (Editores), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 12ª ed. 2008, § 299.

- *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª edición, 2011.

TRAUTMAN, L. J. y ALTENBAUMER-PRICE, K., «Lawyers, Guns and Money: The Bribery Problem and U.K. Bribery Act», *The International Lawyer*, vol. 47, nº3, invierno, 2013, págs. 481 a 517.

TYRRELL, S. y SAFWAT, A., «M&A FCPA Advisory Following SEC's Enforcement Action Against Goodyear», *Global Private Equity Update*, 27 de febrero de 2015 (disponible en <http://privateequity.weil.com/insights/ma-fcpa-advisory-following-secs-enforcement-action-against-goodyear>).

VALEIJE ALVAREZ, I., «Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, 2003, págs. 777 a 814.

VALENTINI, V., «Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione», *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 de febrero de 2013 (disponible en [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1360250036VALENTINI\\_2013\\_02.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1360250036VALENTINI_2013_02.pdf)).

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción», *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 6, 2011, págs. 361 a 408.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado “cohecho de facilitación”» (art. 422 CP)», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, nº 6, 2011, págs. 151 a 180.

VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 319 a 329.

- «Lección 21ª. Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 669 a 685.

- «Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 487 a 514.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 23ª edición, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *Diario La Ley*, nº 6314, 8 de septiembre de 2005.

VILLEGAS GARCÍA, M. A., «Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal», en CORTÉS BECHIARELLI, E. (Director), *Dossier de Jurisprudencia 3. Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS*, Tirant lo Blanch, junio 2015, págs. 38 a 107.

VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F. «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)», *Revista de Estudios Políticos*, nº 156, abril-junio, 2012, págs. 13 a 47.

VINCKE, F., HEINMANN, F. y KATZ, R. (Editores), *Fighting Bribery. A Corporate Policies Manual*, International Chamber of Commerce, París, 1999.

VOGEL, S. K., *Freer markets, more rules. Regulatory reform in advanced industrial countries*, Cornell University Press, USA, 1996.

VORMBAUM, T., *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, LIT Verlag Münster, 2011.

VORMBAUM, T., «Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB», en HOYER, A., MÜLLER, H. E., PAWLIK, M. y WOLTER, J. (Editores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, págs. 649 a 662.

VOUIN, R., *Droit pénal spécial*, 6ª edición (por RASSAT, M. L.), Dalloz, París, 1988.

WARREN, M. E., «What does corruption mean in a democracy?», *American Journal of Political Science*, vol. 48, nº 2, abril 2004, págs. 328 a 343.

WEBB, D. K., TARUN, R. W. y MOLO, S. F., *Corporate Internal Investigations*, 1993.

WEISSMANN, A. y SMITH, A., «Restoring Balance. Proposed amendments to the Foreign Corrupt Practices Act», *U.S. Chamber Institute for Legal Reform*, octubre de 2010 (disponible en [http://www.instituteforlegalreform.com/sites/default/files/restoringbalance\\_fcpa.pdf](http://www.instituteforlegalreform.com/sites/default/files/restoringbalance_fcpa.pdf)).

WESTBROOK, A., «Enthusiastic enforcement, informal legislation: the unruly expansion of the Foreign Corrupt Practices Act», *Georgia Law Review*, vol. 45, nº 2, 2011, págs. 489 a 577.

WEWERKA, F., *"Internal investigations". Private Ermittlungen im Spannungsfeld von strafprozessualen Grundsätzen und Anforderungen eines globalisierten Wirtschaftsstrafverfahrens; eine Problemanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Falles Siemens*, 2012.



WOODS, J. P., «Civil Forfeiture as a Remedy for Corruption in Public and Private Contracting in New York», *Albany Law Review*, vol. 75, 2012, págs. 931 a 961.

ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milan, 2008.

ZERBES, I., «Article 1. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials», PIETH, M., LOTE, L. A. y CULLEN, P. J. (Editores), *The OECD Convention of Combating Bribery, A commentary*, Cambridge, 2007, págs. 45 y ss.

## II. INFORMES

### Comisión Europea

- *Informe, de 18 de junio de 2007, de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado {SEC (2007) 808}* (disponible en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/fight\\_against\\_fraud/fight\\_against\\_corruption/l33308\\_es.html](http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33308_es.html)).

- *Informe, de 6 de junio de 2011, de la Comisión al Consejo sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)* (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0307:FIN:ES:PDF>).

- *Informe, de 6 de junio de 2011, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado {SEC (2011) 663 final}* (disponible en <http://cde.uv.es/documents/menudocuintern/item/6654-lucha-contra-la-corrupción-en-el-sector-privado>).

- *Informe contra la corrupción en la Unión Europea, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2014 -COM (2014) 38 final-* (disponible en [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-humantrafficking/corruption/docs/acr\\_2014\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-humantrafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf)).

### Committee on Standards in Public Life

- *Standards in Public Life* (disponible en <http://www.public-standards.gov.uk>).

### Consejo de Europa

- *Rapport explicatif sur la Convention pénale sur la corruption* (disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>).

#### *Deloitte*

- *Look before you leap. Navigating risks in emerging markets*, 2012 (disponible en [http://deloitte.wsj.com/cfo/files/2012/12/Look\\_Before\\_You\\_Leap\\_2012.pdf](http://deloitte.wsj.com/cfo/files/2012/12/Look_Before_You_Leap_2012.pdf)).

#### *Ernst & Young*

- *Fraud and corruption-the easy option for growth? Europe, Middle East, India and Africa Fraud Survey 2015* (disponible en [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/\\$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf)).

#### *Federal Trade Commission*

- *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended June 30, 1918* (disponible en [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/annual-report-1918/ar1918\\_0.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/annual-report-1918/ar1918_0.pdf)).

- *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended June 30, 1920* (disponible en [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/annual-report-1918/ar1918\\_0.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/annual-report-1918/ar1918_0.pdf)).

#### *Financial Stability Board*

- *Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions*, Financial Stability Board (FSB), 4 de noviembre de 2011. Informe actualizado por *2014 Update of List of Global Systemically Important Banks (G-SIBs)*. Disponible en [http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r\\_141106b.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_141106b.pdf).

*Groupe d'Etats Contre le Corruption* (informes disponibles en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/index\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/GRECO/evaluations/index_en.asp)).

#### 1. España

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 5ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11 a 15 de junio de 2001)*.

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 15ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 13 a 17 de octubre de 2003)*.

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 23ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 17 a 20 de mayo de 2005)*.

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 24ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 27 de junio a 1 de julio de 2005).*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 34ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 16 a 19 de octubre de 2007).*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 42ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11 a 15 de mayo de 2009).*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 44ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 6 a 8 de octubre de 2009).*
- *Informe de evaluación aprobado por el GRECO en su 62ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2013).*

## 2. Estados Unidos

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 53ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 5 a 9 de diciembre de 2011).*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 63ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 24 a 28 de marzo de 2014).*

## 3. Francia

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 41ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 16 a 19 de febrero de 2009).*

## 4. Italia

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 54ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 20 a 23 de marzo de 2012).*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO, en su 64ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 16 a 20 de junio de 2014).*

## KPMG

- *The Business Codes of the Fortune Global 200. What the largest companies in the world say and do, KPMG Advisory N. V., 2014 (disponible en [http://www.rsm.nl/fileadmin/Images\\_NEW/PDF/The\\_Business\\_codes\\_of\\_the\\_Fortune\\_Global\\_200.pdf](http://www.rsm.nl/fileadmin/Images_NEW/PDF/The_Business_codes_of_the_Fortune_Global_200.pdf)).*

## Law Commission

- *Legislating the Criminal Code: Corruption*, 1998 (disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/legislating-the-criminal-code.htm>).
- *Reforming Bribery*, 2008 (disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/publications/729.htm>).

#### OCDE

- *Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and The 1997 Recommendation on combating bribery in international business transactions* (disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/41515077.pdf>).
- *The OECD Report on Regulatory Reform* (disponible en [www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf)).
- *Germany: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations. April 2013* (disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/GermanyPhase3WrittenFollowUpEN.pdf>).

#### Price Waterhouse Coopers

- *Informe sobre delitos económicos y fraude empresarial en España 2011* (disponible en [https://www.pwc.es/en\\_ES/es/servicios/forensic-services/assets/informe-delitos.pdf](https://www.pwc.es/en_ES/es/servicios/forensic-services/assets/informe-delitos.pdf)).

#### Transparency International

- *Bribe Payers Index Report 2011* (disponible en <http://bpi.transparency.org/bpi2011/results/>).

#### Transparency International España.

- *Principios de transparencia y prevención de la corrupción para las empresas* (disponible en [http://webantigua.transparencia.org.es/principios\\_transparencia\\_para\\_empresas/principios\\_de\\_transparencia\\_empresas\\_vercion\\_completa.pdf](http://webantigua.transparencia.org.es/principios_transparencia_para_empresas/principios_de_transparencia_empresas_vercion_completa.pdf)).

### III. OTRAS PUBLICACIONES

#### ACL

- *TOP 10 Anti-Bribery Analytics*, 2013 (disponible en [http://www.acl.com/pdfs/Top\\_10\\_FCPA\\_Analytics.pdf](http://www.acl.com/pdfs/Top_10_FCPA_Analytics.pdf)).

#### *British Bankers' Association*

- *Anti-Bribery and Corruption Guidance. Practical guidance for the banking sector in complying with the Bribery Act 2010 and meeting FCA obligations*, 2014 (disponible en <https://www.bba.org.uk/policy/financial-crime/anti-bribery-and-corruption/anti-bribery-and-corruption-guidance>).

#### Cámara de Comercio Internacional

- *ICC Rules on Combating Corruption*, edición 2011 (disponible en <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2011/ICC-Rules-on-Combating--Corruption/>).

#### Centro de Investigaciones Sociológicas

- *Ética pública y corrupción*, Estudio nº 2826, diciembre, 2009 (disponible en [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=10684](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=10684)).

#### *China's National Health and Family Planning Commission*

- *Regulations on the Establishment of Commercial Bribery Records for the Purchase and Sale of Medicines*, 2013 (disponible en [http://www.cov.com/files/upload/Alet\\_Insert\\_NHFPC\\_NationalBlacklist\\_Healthcare\\_2013-12\\_CN\\_EN.pdf](http://www.cov.com/files/upload/Alet_Insert_NHFPC_NationalBlacklist_Healthcare_2013-12_CN_EN.pdf)).

#### *CMS Law.Tax*

- *CMS Guide to Anti-Bribery and Corruption Laws*, septiembre de 2014 (disponible en <http://www.cmslegal.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/b459b95d-5ba4-4e20-9f95-2df3f32d8849/Presentation/PublicationAttachment/a5ee0c6d-a377-4ac7-b575-a4ca09eb05e8/CMS-Guide-to-Anti-Bribery-and-Corruption-Laws.pdf>).

#### Comisión Europea

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo) (Bruselas, 23.11.2005)*. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0583&from=ES>.
- *Libro Blanco sobre el deporte*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11 de julio de 2007 (disponible en [ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/wp\\_on\\_sport\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/sport/white-paper/doc/wp_on_sport_es.pdf)).

- *Special Eurobarometer 374. Corruption Report*, Comisión Europea, 2012 (disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs374\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs374_en.pdf)).

- *Study on Corruption in the Healthcare Sector*, Comisión Europea, 2013.

#### Consejo Europeo

- *Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, 2009.

#### *Deutsche Olympische Sportbund/ Bundesministerium des Innern/ Sponsorenvereinigung S20*

- *Hospitality und Strafrecht - ein Leitfadent* (disponible en [http://www.dosb.de/fileadmin/fm-osb/downloads/recht/Sponsoren\\_S20\\_leitfaden\\_250711.pdf](http://www.dosb.de/fileadmin/fm-osb/downloads/recht/Sponsoren_S20_leitfaden_250711.pdf)).

#### *Deutscher Bundestag*

- *Deutscher Bundestag: Drucksache 13/5584 vom 24.09.1996* (disponible en <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/13/055/1305584.asc>).

- *Positionen des GKV-Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012*, Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 17(14)0339.

#### *Direction des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la Justice*

- *Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice*, de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces de Ministère de la Justice, de 14 de febrero de 2006.

#### *ethiXbase*

- «The Role of Due Diligence in Anti-Corruption Compliance», *ethiXbase* (disponible en <http://ethixbase.com/whitepaper-the-role-of-due-diligence-in-anti-corruption-compliance/>).

#### Farmaindustria

- *Código Español de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios*,

2010 (disponible en [http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma\\_1067.pdf](http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma_1067.pdf)).

- *Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica*, 2014 (disponible en <http://www.seh-lelha.org/pdf/CodigoBuenasPracticas2014.pdf>).

#### *Financial Conduct Authority*

- *Reader's Guide: an introduction to the Handbook* (disponible en <https://www.fca.org.uk/static/documents/handbook/readers-guide.pdf>).

#### *HM Government*

- *UK Anti-Corruption Plan*, 2014 (disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/388894/UKAntiCorruptionPlan.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/388894/UKAntiCorruptionPlan.pdf)).

- *Insight into awareness and impact of the Bribery Act 2010. Among small and medium sized enterprises (SMEs)*, 2015.

#### *Iberdrola*

- *Iberdrola. Informe de sostenibilidad 2014* (disponible en [https://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/IA\\_InformeSostenibilidad14.pdf](https://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/IA_InformeSostenibilidad14.pdf)).

#### *Ministry of Justice*

- *The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*. Disponible en <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

#### *OCDE*

- *Comentarios sobre el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997*.

- *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011 (disponible en <http://mneguidelines.oecd.org>).

#### *Organización de las Naciones Unidas*

- *Corrupción: amenazas y tendencias en el siglo XXI*, Documento de trabajo del Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok (Tailandia).

- *La lucha contra la corrupción en el sector de la salud: métodos, herramientas y buenas prácticas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011.

- *Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A practical guide for companies*, United Nations Global Compact, 2014 (disponible en [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/Anti-Corruption/SportsSponsorshipHospitalityGuide.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/SportsSponsorshipHospitalityGuide.pdf)).

#### Organización Mundial de la Salud

- *Guía de la buena prescripción*, OMS, 1998.

- «Promoción del uso racional de medicamentos: componentes centrales», *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, nº 5, septiembre de 2002, Organización Mundial de la Salud, Ginebra (disponible en <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4874s/s4874s.pdf>).

#### Price Waterhouse Coopers

- *Encuesta sobre fraude y delito económico 2014. Resultados en España* (disponible en <http://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/encuesta-fraude-economico-2014.jhtml>).

#### Service Central de Prévention de la Corruption

- «Les référentiels de la lutte contre la corruption», en *Transparence des multinationales françaises en matière de lutte anti-corruption*, Etude Novethic/SCPC, septiembre 2006.

#### Thales Group

- *Gifts & Hospitality Guidelines* (disponible en <https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/asset/document/giftsandhospitalityguidelines18peng.pdf>).

#### Transparency International

- *Corruption Perceptions Index 2014: Frequently Asked Questions* (<http://www.transparency.org/cpi2013/indetail#myAnchor1>).



- *How to Bribe, a typology of bribe paying and how to stop it*, 2014 (disponible en [http://www.transparency.org.uk/publications/7-uncategorised/download/183\\_148c39ec9669944b48c35ca5523dc87b](http://www.transparency.org.uk/publications/7-uncategorised/download/183_148c39ec9669944b48c35ca5523dc87b)).

*United States Department of Justice*

- *FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (disponible en [www.justice.gov/CRIMINAL/fraud/fcpa/guide.pdf](http://www.justice.gov/CRIMINAL/fraud/fcpa/guide.pdf)).

*United States Senate*

- *Proposed RICO Reform Legislation: Hearings on S. 1523 Before the Commission on the Judiciary, 100 th Cong.*, 1987.

*United States Sentencing Commission*

- *2014 USSC Guidelines Manual* (disponible en <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-ussc-guidelines-manual>).

#### **IV. REFERENCIAS EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

«Strafverfahren gegen Prof. Dr. Utz Claassen, Vorstandsvorsitzender der EnBW AG, wegen Verdachts der Vorteilsgewährung eröffnet», 9 de noviembre de 2006 (disponible en <http://www.landgericht-karlsruhe.de/pb/,Lde/1160407/?LISTPAGE=1160395>).

«China probes 2,755 commercial bribery cases in health sector in 2006», *GOV.cn*, 3 de abril de 2007 (disponible en [http://www.gov.cn/english/2007-04/03/content\\_570742.html](http://www.gov.cn/english/2007-04/03/content_570742.html)).

«No let-up in campaign against commercial bribery», *News of the Communist Party of China*, 29 de abril de 2007 (disponible en <http://english.cpc.people.com.cn/77095/77097/5683943.html>).

«Ehemaliger Vorstandsvorsitzender der EnBW Professor Dr. Utz Claassen vom Vorwurf der Vorteilsgewährung freigesprochen», 28 de noviembre de 2007 (disponible en <http://www.landgericht-karlsruhe.de/pb/,Lde/1160367/?LISTPAGE=1160347>).

«Aval judicial a la vertiente comercial de los notarios. El TS acepta que los fedatarios puedan pagar comisiones para captar clientes», *diariolaley.es*, 25 de noviembre de 2011 (disponible en <http://pdfs.wke.es/1/3/1/5/pd0000071315.pdf>).

«Johnson & Johnson to Pay More Than \$2.2 Billion to Resolve Criminal and Civil Investigations», 4 de noviembre de 2013 (disponible en <http://www>).

justice.gov/opa/pr/johnson-johnson-pay-more-22-billion-resolve-criminal-and-civil-investigations).

«J&J to pay \$2.2B in drug marketing penalties», *USA Today*, 5 de noviembre de 2013.

«Un informe secreto revela que Iberdrola pagó comisiones en un caso de corrupción», *El Confidencial*, 6 de noviembre de 2013 (disponible en [http://www.elconfidencial.com/economia/2012-11-06/un-informe-secreto-revela-que-iberdrola-pago-comisiones-en-un-caso-de-corrupcion\\_417414/](http://www.elconfidencial.com/economia/2012-11-06/un-informe-secreto-revela-que-iberdrola-pago-comisiones-en-un-caso-de-corrupcion_417414/)).

«McDonald's frena su expansión en España por sospechas de fraude de un directivo», *El Confidencial*, 3 de diciembre de 2013 (disponible en [http://www.elconfidencial.com/espana/2013-12-03/mcdonald-s-frena-su-expansion-en-espana-por-sospechas-de-fraude-de-un-directivo\\_61488/](http://www.elconfidencial.com/espana/2013-12-03/mcdonald-s-frena-su-expansion-en-espana-por-sospechas-de-fraude-de-un-directivo_61488/)).

«China issues new rules for blacklisting healthcare companies engaging in commercial bribery. Ethics rules for healthcare professionals also updated», *E-alert Covington & Burling LLP*, 31 de diciembre de 2013 (disponible en <http://www.cov.com/files/Publication/>).

«McDonald's despidе a un directivo corrupto y prescinde de los proveedores implicados», *El Confidencial*, 3 de febrero de 2014 (disponible en [http://www.elconfidencial.com/espana/2014-02-03/mcdonald-s-despide-a-un-directivo-corrupto-y-prescinde-de-los-proveedores-implicados\\_83479/](http://www.elconfidencial.com/espana/2014-02-03/mcdonald-s-despide-a-un-directivo-corrupto-y-prescinde-de-los-proveedores-implicados_83479/)).

«Administradores de fincas exigen comisiones para adjudicar obras de comunidades de vecinos», *El Correo*, 23 de junio de 2014 (<http://www.elcorreo.com/bizkaia/sociedad/201406/23/administradores-fincas-exigen-comisiones-20140618210356.html>).

«Spanish firm fined €1.6m in electric utility corruption case», *LSM.LV. Public broadcasting of Latvia*, 23 de diciembre de 2014 (disponible <http://www.lsm.lv/en/article/economics/economy/spanish-firm-fined-1.6m-in-electric-utility-corruption-case.a111367/>).

«Commercial Bribery and the FCPA: SEC Charges Goodyear Tire & Rubber Co. with Books and Records Violations», *Sidley News & Insights*, 25 de febrero de 2015 (disponible en <http://www.sidley.com/news/02-25-2015-white-collar-update>).

«Spain Sets a New Milestone with its Corporate Compliance Statute», *ethiXbase*, 28 de agosto de 2015 (disponible en <http://ethixbase.com/spain-spain-sets-a-new-milestone-with-its-corporate-compliance-statute/>).

«Non-Financial Reporting», Comisión Europea (disponible en [http://ec.europa.eu/finance/accounting/non-financial\\_reporting/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/accounting/non-financial_reporting/index_en.htm)).



## ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

### I. UNIÓN EUROPEA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982 (asunto 155/79, *AM & S/Comisión*).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio 2005 (asunto C-105/03, *María Pupino*).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2005 (asunto C-176/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 23 de octubre de 2007 (asunto C-440/05, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de septiembre de 2010 (asunto C-550/07 P, *Akzo Nobel ChemicalsLtd y AkcrosChemicalsLtd*).

### II. ESPAÑA

#### 1. Tribunal Constitucional

- STC, Sala Primera, nº 2/1981, de 30 de enero de 1981 (Rec. amparo 90/1980). Pte. Díez de Velasco Vallejo, Manuel.
- STC, Sala Primera, nº 177/1999, de 11 de octubre de 1999 (Rec. amparo 3.657/1994). Pte. García Manzano, Pablo.
- STC, Sala Segunda, nº 152/2001, de 2 de julio de 2001 (Rec. amparo 3403/1997). Pte. Conde Martín de Hijas, Vicente.
- STC, Pleno, nº 2/2003, de 16 de enero de 2003 (Rec. amparo 2468/2000). Pte. Casas Baamonde, María Emilia.
- STC, Sala Primera, nº 170/2013, de 7 de octubre de 2013 (Rec. amparo 2907/2011). Pte. Ollero Tassara, Andrés.

#### 2. Tribunal Supremo

- STS, Sala 1ª, nº 559/2007, de 23 de mayo de 2007 (Rec. 2682/2000). Pte. Corbal Fernández, Jesús.

- STS, Sala 2ª, nº 2052/2001, de 7 de noviembre (Rec. 3782/1999). Pte. Conde-PumpidoTourón, Cándido.
- STS, Sala 2ª, nº 867/2002, de 29 de julio (Rec. 2038/2000). Pte. Martín Pallín, José Antonio.
- STS, Sala 2ª, nº 722/2003, de 12 de mayo (Rec. 3798/2001). Pte. Granados Pérez, Carlos.
- STS, Sala 2ª, nº 1590/2003, de 22 de abril (Rec. 2074/2001). Pte. Conde-PumpidoTourón, Cándido.
- STS, Sala 2ª, nº 816/2006, de 26 de julio (Rec. 1494/2005). Pte. Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- STS, Sala 2ª, nº 933/2007, de 8 de noviembre (Rec. 2403/2006). Pte. Monterde Ferrer, Francisco.
- STS, Sala 2ª, nº 362/2008, de 13 de junio (Rec. 2162/2007). Pte. Marchena Gómez, Manuel.
- STS, Sala 2ª, nº 1167/2010, de 9 de diciembre (Rec.981/2010). Pte. Saavedra Ruiz, Juan.
- STS, Sala 2ª, nº 598/2012, de 5 de julio (Rec. 2378/2011). Pte. Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- STS, Sala 2ª, nº 636/2012, de 13 de julio (Rec. 2273/2011). Pte. Marchena Gómez, Manuel.
- SSTs, Sala 2ª, nº 732/2012, de 1 de octubre (Rec. 2409/2011). Pte. Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo.
- STS, Sala 2ª, nº 207/2012, de 12 de marzo (Rec. 10625/2011). Pte. Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo.
- STS, Sala 2ª, nº 323/2013, de 23 de abril (Rec. 424/2012). Pte. Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- STS, Sala 2ª, nº 342/2013, de 17 de abril (Rec. 1461/2012). Pte. Marchena Gómez, Manuel.
- STS, Sala 2ª, nº 945/2013, de 16 de diciembre (Rec. 10412/2013). Pte. Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón
- STS, Sala 2ª, nº 246/2014, de 2 de abril (Rec.1581/2013). Pte. Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.

- STS, Sala 2ª, nº 528/2014, de 16 de junio (Rec. 2229/2013). Pte. Maza Martín, José Manuel.
- STS, Sala 2ª (Pleno), nº 874/2014, de 27 de enero de 2015 (Rec. 10711/2014). Pte. Soriano Soriano, José Ramón.
- STS, Sala 2ª, nº 14/2015, de 26 de enero (Rec. 1538/2014). Pte. Sánchez Melgar, Julián.
- STS, Sala 2ª, nº 265/2015, de 29 de abril (Rec. 10496/2014). Pte. Conde-Pumpido Tourón, Cándido.
- STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 14 de octubre de 2011 (Rec. 5324/2008). Pte. Riego Valledor, José María del.
- STS, Sala 4ª, de 26 septiembre 2007 (Rec. 966/2006). Pte. Desdentado Bonete, Aurelio.
- STS, Sala 4ª, de 8 de marzo de 2011 (Rec. 1826/2010). Pte. Agustí Juliá, Jordi.
- STS, Sala 4ª, de 6 de octubre de 2011 (Rec. 4053/2010). Pte. Souto Prieto, Jesús.
- Auto, Sala 2ª, de 19 de septiembre de 2005 (Causa Especial 13/2005). Pte. Bacigalupo Zapater, Enrique.

### **3. Tribunales Superiores de Justicia**

- Sentencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 26 de septiembre de 2008 (Rec. 449/04). Pte. Salas Gallego, Ángel.

### **4. Audiencias Provinciales**

- SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 26 de octubre de 2005 (Rec. 602/2003). Pte. Garrido Espá, Luis.
- SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 23 de febrero de 2010 (Rec. 96/2008). Pte. Planchat Teruel, José María.
- SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 12 de junio 2012 (Rec.67/2010). Pte. Domínguez Naranjo, Mª Carmen.

## **5. Tribunal de Defensa de la Competencia**

- Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 16 de febrero de 1999 (Expte. 375/96, Tabacos de Canarias).

## **III. ALEMANIA**

- *RGSt* 48, 291.
- *BGHSt*, 49, 321.
- *BGHSt* 49, 317
- *BGHSt*, 50, 299 y ss.
- *BGH* 5 *StR* 299/03, de 11 de noviembre de 2004.
- *BGH* 1 *StR* 50/06, de 9 de agosto de 2006.
- *BGH* 2 *Str* 499/05, de 18 de octubre de 2006.
- *BGH* 2 *StR* 587/07, de 29 de agosto de 2008.
- *BGH* 1 *StR* 260/08, de 14 de octubre de 2008.
- *BGH* *GSSt* 2/11, de 29 de marzo de 2012.
- *BGH* 1 *StR* 355/13, de 11 de febrero 2014.
- *LG Karlsruhe*, 28.11.2007 -3 *KLs* 620 *Js* 13113/06-.
- *OLG Braunschweig*, Decisión de 23 de febrero de 2010 (Az. *Ws* 17/10).

## **IV. FRANCIA**

- *Cass. Crim.* 25 de marzo de 1929.
- *Cass. Crim.* 29 de noviembre de 1929.
- *Cass. Crim.* 7 de abril de 1966.
- *Cass. Crim.* 7 de octubre de 1969.
- *Cass. Crim.* 2 de febrero de 1971.

- *Cass. Crim.* 6 de octubre de 1971.
- *Cass. Crim.* 6 de noviembre de 1971.
- *Cass. Crim.* 15 de noviembre de 1973.
- *Cass. Crim.* 20 de enero de 1982.
- *Cass. Crim.* 14 de mayo de 1986.
- *Cass. Crim.* 27 de octubre de 1997.
- *Cass. Crim.* 14 de mayo de 2003.
- *Cass. Crim.* 22 de septiembre de 2004.

## **V. REINO UNIDO**

- *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* [1915]
- *Queen v. Birmingham & Gloucester Ry.*, 114 Eng. Rep. 492 (Q. B. 1842).
- *R. v. British Steel Plc.* [1994].
- *Tesco Supermarkets v. Natrass* [1972].

## **VI. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

- *Perrin v. United States*, 444 U.S. 37 (1979).
- *Skilling v. United States*, 561 U.S. (2010).
- *United States v. Bourke*, S.D.N.Y. 10 de julio de 2009.
- *United States v. Brecht*, 540 F.2d 45 (2d. Cir. 1976).
- *United States v. Control Components Inc.*, C.D. Cal. 31 de julio de 2009.
- *United States v. Gaudreau*, 860 F.2d 357 (10th Cir. 1988).
- *United States v. Josleyn*, 99 F.3d 1182 (1996).
- *United States v. Kaufmann*, E.D.N.Y. 14 de junio de 2013.



- *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308 (8th Cir.1991).
- *United States v. Nardello*, 393 U.S. 286 (1969).
- *United States v. Ott et al.*, D.N.J. 27 de Julio de 2007.
- *United States v. Pomponio*, 511 F.2d 953 (4th Cir. 1975).
- *United States v. Thomson et al.*, N.D. Ala. 1 de julio de 2004.
- *United States v. Welch*, 327 F.3d 1081, 1090 (10th Cir. 2003).
- *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

## RESUMEN

### 1. Introducción y objetivos

En 1939, SUTHERLAND acuñó la conocida categoría de *white collar crime*. En esa categoría incluyó el delito denominado *commercial bribery*. Esta expresión es utilizada en EE. UU. para referirse al delito que conocemos como «corrupción entre particulares» o «corrupción privada». Esta forma de corrupción sucede en el ámbito de las organizaciones comerciales o mercantiles y se trasluce en transacciones comerciales en las que una empresa realiza pagos (normalmente en secreto) a un directivo, agente o empleado de otra empresa para beneficio personal del mismo y éste, a su vez, dirige los negocios en favor de la compañía que realiza el pago indebido con exclusión de otras entidades. Generalmente, ello concluye con la obtención de un contrato comercial por parte de la entidad que hace el pago al directivo, agente o empleado.

La corrupción, en su concepción tradicional, se identifica con las acciones de los funcionarios públicos, que se valen indebidamente de tal condición para obtener un beneficio material, para sí o para un tercero. Esta concepción, propia de los Códigos penales del siglo XIX, ha sido superada por otras manifestaciones del fenómeno, por lo que el concepto de corrupción se amplía para incluir toda actuación de una persona, dotada de poderes de decisión, que es contraria a las normas que rigen su actividad, con el objetivo de lograr una ganancia ilícita. Todos estos elementos permiten afirmar que los delitos de corrupción han superado su tradicional naturaleza de delitos contra la Administración (basados en el quebrantamiento de deberes por los empleados públicos) para ser conceptuados como delitos de esencia y contenido económico. El punto de inflexión en esta modificación de la perspectiva lo marca la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de 1977.

Este cambio de concepción -de delito referido a funcionarios a delito que protege bienes de naturaleza económica- es fundamental para justificar el castigo penal de la corrupción privada. Son los efectos económicos de esta forma de corrupción los que permiten acudir al Derecho Penal. Ahora bien, la conclusión de que estas actuaciones merecen un reproche penal ha recibido críticas importantes, basadas en la idea de que se trata de una «forma de hacer negocios», que, a lo sumo, deben ser entendidas como comportamientos poco éticos, pero tolerables porque se realizan para conseguir oportunidades de negocio entre personas privadas; o en la idea de que si se castiga este tipo de corrupción se equipararía indebidamente la corrupción pública con la privada.

Sin embargo, esta forma de corrupción genera un intenso daño económico y social en diversos ámbitos, de modo que sus efectos negativos superan los pretendidos beneficios. Por otra parte, en la realidad económica y social actual, la distinción entre la esfera de lo público y lo privado no es tan nítida como se pretende, por lo que la corrupción punible no se debe limitar, por definición, a la esfera pública.

La exposición y desarrollo de la citada evolución del fenómeno de la corrupción y el debate sobre su reproche penal ocupa una parte importante de este trabajo.

La lucha contra todo tipo de corrupción (también la privada) es una preocupación de alcance internacional, como fenómeno que alcanza dimensión supranacional, debido a la globalización de los mercados de bienes y servicios y a la internacionalización de las actividades criminales. La pretensión de los convenios internacionales que tratan la materia es la de garantizar un entorno internacional uniforme de desarrollo de la actividad económica y comercial, que esté presidida por una lógica de transparencia, protegiendo a los mercados de interferencias ajenas a la leal competencia. Por ello, prohíben recurrir a la práctica del soborno, ya sea de funcionarios públicos o de personas ajenas a la causa pública, pero con poder de decisión en operaciones comerciales o mercantiles.

En el marco europeo, tienen capital importancia, precisamente porque se refieren expresamente a la corrupción entre particulares, el Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999 y la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Su exposición y estudio es imprescindible para comprender la forma en que el delito ha sido objeto de tratamiento en los países europeos de nuestro entorno.

Efectivamente, en el ámbito de dichos países está actualmente extendida la consideración como delito de estas conductas, con independencia del modelo de incriminación que se adopte. Las legislaciones de Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido incorporaron este delito a sus ordenamientos con anterioridad a España. Es especialmente interesante conocer y exponer su regulación y sus soluciones interpretativas sobre diversas materias, dado que pueden ser de utilidad en la aplicación de nuestro Derecho. Cuestiones como la apreciación del delito en el seno de empresas de capital mixto (público-privado), la posibilidad de que se cometa por los profesionales del sector médico, la incidencia de los regalos, invitaciones y atenciones de hospitalidad

sobre la conducta típica o la relación entre el delito de corrupción entre particulares y el delito de administración desleal se han planteado y debatido ya en otros ordenamientos (especialmente en Alemania). Por ello, se tratan en este trabajo, tanto al exponer su normativa y decisiones jurisprudenciales, como al estudiar la interpretación del delito introducido en nuestro Código Penal (art. 286 bis CP, introducido por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).

Igualmente, es preciso detenerse en el sistema diseñado en EE. UU., país en el que no se ha promulgado una norma penal general que castigue el delito a nivel federal, de manera que para la persecución del soborno comercial, a tal nivel, se acude fundamentalmente a la *Travel Act*. Lo que no ha sido obstáculo para que, desde mediados de la década de 2000, hayan sido relativamente frecuentes los procedimientos aplicando la citada norma, combinando la misma con la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, para combatir el soborno comercial y el soborno a empleados públicos, tanto a nivel interno como internacional, con las consiguientes consecuencias para las empresas que desarrollen su actividad en cualquier lugar del mundo.

Una vez realizado este recorrido se está en condiciones de abordar el estudio del delito en nuestro ordenamiento.

## **2. Resultados y conclusiones**

La necesidad de incorporar a nuestro Derecho la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, dio lugar a la introducción del delito de «corrupción entre particulares» en el art. 286 bis CP, mediante la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La doctrina española, con carácter mayoritario, se ha mostrado contraria a la tipificación penal del soborno entre particulares, atendiendo a diversos criterios de política criminal. Especialmente, porque considera que la normativa administrativa y mercantil es más que suficiente para responder a las conductas recogidas en el art. 286 bis CP y porque supone avanzar en la tendencia hacia una expansión del Derecho penal, apartado de los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos. Esta visión de la cuestión ha influido notablemente en la interpretación del delito, del que se han predicado concepciones eminentemente restrictivas en su aplicación.

El precepto ha sido objeto de nueva redacción por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; que lo encuadra en una Sección denominada

«Corrupción en los negocios». En ella, además, incluye el delito de soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (art. 286 ter CP) y crea el art. 286 quáter CP -incluyendo los tipos agravados del delito de corrupción entre particulares, entre otros-. Con la reforma se pretende garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas (ya se trate de corrupción en el ámbito puramente empresarial o de la corrupción de un funcionario público extranjero).

El estudio del delito comienza por la determinación del bien jurídico protegido, teniendo en cuenta que la discusión doctrinal sobre el particular es una de las más complejas. En el capítulo correspondiente se opta decididamente por considerar que se trata de la competencia leal, frente a las concepciones que lo sitúan en la protección del patrimonio de las empresas, la protección del deber de lealtad en las relaciones laborales o la pluriofensividad del delito. Precisamente, el hecho mismo de la reforma de 2015 y las modificaciones introducidas inciden en el ámbito del bien jurídico protegido, porque el legislador ha avanzado en la consideración de que se trata de la competencia leal (en especial, al eliminar la mención a que el sujeto actuara «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»; elemento que enturbiaba enormemente el entendimiento de la infracción penal y la desnaturalizaba, acercándola al ámbito de la administración desleal).

La determinación de los sujetos activos del delito es singularmente relevante en el caso de la modalidad pasiva, dado que es un delito especial que sólo se puede cometer por los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o una sociedad. Precisamente, en este ámbito, se pone de manifiesto una de las disfunciones de la reforma de 2015, ya que la eliminación del término «organización» de la redacción típica del art. 286 bis CP y la remisión al art. 297 CP suponen que, desde la citada reforma, no quepa incluir entre las entidades a las comunidades de propietarios y a las entidades sin ánimo de lucro (que no tengan forma de fundación). El estudio de los sujetos del delito se completa con lo indicado en el capítulo correspondiente a la autoría y la participación, donde, además, se trata de las personas que actúan como intermediarios, los sujetos favorecidos por la decisión comercial fruto del pago indebido y los sujetos que no lo son del delito, pero reciben el beneficio o ventaja no justificado.

La teoría sobre los límites del riesgo permitido y, en su caso, la relativa a la adecuación social y el delito de corrupción entre particulares guardan estrecha relación, por cuanto hay que deslindar aquello que puede entenderse como un pago o ventaja idónea para mover a la voluntad de otro, en el sentido indicado en el delito, de aquello que se considera adecuado en el marco de las relaciones mercantiles y comerciales, en las que son frecuentes los obsequios y otras atenciones. Esta cuestión se expone en el ámbito de la conducta típica, en el que, además, se diferencia la actuación delictiva de otras conductas que difícilmente encajan en el tipo penal como son la «corrupción privada impropia», la «corrupción privada subsiguiente», el «tráfico privado de influencias» o las conductas que no afectan a las reglas de la competencia, por no existir competencia efectiva en un determinado contexto.

Un estudio del delito de corrupción entre particulares no puede completarse sin abordar dos materias. La primera es la relación entre estas conductas y algunas prácticas de ámbitos de actividad determinados, como es el ámbito farmacéutico y sanitario, en el que son usuales gratificaciones, en efectivo o en especie, a los profesionales del ramo (unas de naturaleza lícita y otras no tanto -de lo que es buena muestra la cantidad de noticias sobre imposición de sanciones a compañías farmacéuticas, sobre todo en EE. UU.-). Acciones como los pagos indebidos por prescribir determinados medicamentos a los pacientes o el *fee splitting* deben ser observadas a la luz del art. 286 bis CP. Especialmente la primera de las acciones descritas, que ya ha merecido la atención del legislador en Italia y Alemania, acerca de la que versa una parte de este trabajo y que puede ser incluida en la infracción penal (sobre todo tras la reforma de 2015).

La segunda materia es la relación entre el delito de corrupción entre particulares y el delito de administración desleal. Un amplio sector doctrinal considera que este segundo delito es suficiente para castigar las conductas de corrupción privada. Las situaciones en las que el administrador es el que recibe el pago indebido, como aquellas en las que es él quien lo lleva a cabo merecen especial atención. Los pagos corruptos que el administrador de una sociedad realiza, para obtener ventajas competitivas (ya sea en perjuicio de la sociedad, en su beneficio o incluso utilizando fondos sustraídos al control de la sociedad -«cajas negras»-) han sido objeto de tratamiento en otros países («caso Siemens» en Alemania o en pronunciamientos de la jurisprudencia francesa). Se ha de determinar si, efectivamente, la administración desleal basta o no para incriminar las conductas de corrupción, máxime cuando estas se pueden dar en beneficio de la sociedad. Ello eliminaría el elemento del perjuicio para el patrimonio societario, inherente a tal infracción. En este aspecto, se considera

que se trata de dos delitos distintos y que ambos pueden concurrir en una relación concursal.

Finalmente, se ha de tener presente que el delito de corrupción entre particulares es uno de los que puede generar responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, conforme a los artículos 31 bis y 288 CP. La exposición de esta materia no pasa sólo por citar las líneas generales de tal responsabilidad en nuestro Derecho, sino también por tratar el sistema diseñado en el Reino Unido. En él, la *Bribery Act 2010* recoge una figura específica para las personas jurídicas que no prevengan los actos de corrupción (*Failure of commercial organisations to prevent bribery*), si bien pueden evitar su responsabilidad si acreditan que habían implementado medidas adecuadas para evitar que personas asociadas con ellas realizaran tales conductas. Esta figura y su aplicación tienen una importancia capital, porque es previsible que aliente a las empresas a nivel mundial para crear programas de *compliance* con el fin de disminuir la exposición a la responsabilidad penal en el Reino Unido, si no lo habían hecho ya debido a la *FCPA*.

En efecto, para la prevención de los actos de corrupción entre particulares tienen importancia vital los programas de *compliance*, que alcanzan una relevancia indiscutible, tras la reforma del Código Penal en 2015, para evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La determinación de los principios generales que deben regir un programa de *compliance*, así como de las específicas normas y reglas que permitan prevenir, detectar y perseguir dentro de la empresa la realización de conductas de corrupción privada son expuestas en la última parte de este trabajo.

A nuestro juicio, un estudio sobre la corrupción estaría incompleto si no tratase acerca de la corrupción entre particulares. Aunque este delito está «dando sus primeros pasos» en nuestro ordenamiento, no nos cabe duda de que está llamado a interpretar un papel relevante, si se pretende atajar todas las manifestaciones de tal fenómeno y, así, procurar la confianza y credibilidad en el sistema económico.

## SUMMARY

### 1. Introduction and objectives

In 1939, SUTHERLAND coined the well known category of white collar crime. In that category he included a criminal offence known *commercial bribery*. This expression is used in the USA to refer to the crime known in civil law countries as «corruption between individuals» or «private corruption». This form of corruption is happening in the field of business organizations when a company makes payments (usually secretly) to an officer, agent or employee of another company in order to secure an advantage over business competitors.

Corruption, in its traditional conception, is identified with the actions of civil servants that unduly use such condition to obtain an economical benefit for themselves or for a third party. This concept, of the criminal codes of the 19th century, has been surpassed by other manifestations of the phenomenon, so the concept of corruption expands to include any action a person, endowed with powers of decision, which is contrary to the rules governing his activity, with the objective of achieving an illegal gain.

All these elements allow to affirm that crimes of corruption have gone beyond their traditional nature of offences against the Administration (based on the breach of duties by public employees) to be conceptualized as economic crimes. The turning point in this change of perspective is marked by *the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* of 1977.

This change in philosophy -of crime referred to officials to crime that protects assets of an economic nature -is essential to justify the criminal punishment of private corruption. The economic effects of this form of corruption are which allow turning to the criminal law. However, the conclusion that these actions deserve penal reproach has received significant criticism, based on the idea that it is «a way of doing business», which, at most, should be understood as unethical behaviour, but tolerable because they are made for business opportunities between private persons; or the idea that if this kind of corruption is punishable equate public private corruption. However, this form of corruption generates intense economic and social harm in various areas, so that the negative effects outweigh the intended benefits. On the other hand, in the current economic and social reality, the distinction between public and private sphere is not as clear as intended, for what punishable corruption should not be limited, by definition, to the public sphere.



The exposure and development of the aforementioned evolution of the phenomenon of corruption and the debate on its criminal punishment occupies an important part of this work.

The fight against all kinds of corruption (also private) is a concern of international scope, as a phenomenon that reaches supranational dimension, due to the globalization of the markets of goods and services and the internationalization of criminal activities. The international conventions dealing with the matter are essentially aimed at ensuring an international and uniform environment in which the development of the economic and commercial activity is presided over by logic of transparency, protecting markets from non-loyal competition interference. Therefore, they prohibit the practice of bribery, whether of public officials or outsiders to the public functions, but with power of decision in commercial or mercantile operations.

In the European framework, the Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption signed on January 27, 1999 and the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector have capital importance, precisely because they refer specifically to private corruption. The in-depth analysis of them is essential to understand the way in which the crime has been understood in the European neighbouring countries.

Indeed, in the area of these countries, private corruption is a crime, regardless of the model of criminal liability adopted. The laws of Germany, France, Italy and the United Kingdom incorporated this crime to their legal systems prior to Spain. It is especially interesting to know and expose their regulation and their solutions performing on various subjects, in so far as they may be useful for our law. Issues such as the appreciation of the crime at the heart of companies of mixed capital (public-private), the possibility of that is committed by the medical industry professionals, the incidence of gifts, invitations and attentions of hospitality on the criminal conduct or the relationship between private corruption and the crime of misappropriation have been raised and debated already in other legal systems (especially in Germany). For this reason, they are treated in this work, both by exposing its regulations and judicial decisions, as in studying the interpretation of the crime added to our Criminal Code (art. 286 bis, introduced by Organic Law 5/2010 of June 22).

It is also necessary to mention the designed system in the USA. This country has not passed a specific law to criminalise commercial bribery at

federal level. The *Travel Act* has been usually used to prosecute this crime at this level. What has not been an obstacle to that, since the mid-2000s, there have been relatively common procedures applying that standard, combining it with the *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, in order to combat commercial bribery and bribery of public officials, both domestically and internationally, with consequences for companies that develop their activity anywhere in the world.

Once this tour is carried out then it would be possible to approach the study of crime in our system.

## **2. Results and conclusions**

The need to incorporate to our law the Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, resulted in the introduction of the crime of «corruption between individuals» in article 286 bis of Penal Code, through reform by the Organic Law 5/2010 of 22 June.

The Spanish doctrine, on a majority basis, has been shown to be contrary to the criminal offence of bribery between private persons according to different criteria of criminal policy. Especially, because it considers that administrative and mercantile regulations are more than enough to respond to collected behaviour in article 286 bis and because it involves advancing the trend towards a criminal law away from the principles of harmfulness and exclusive legal asset protection. This view of the matter has influenced the interpretation of the crime, where essentially restrictive conceptions have preached in their application.

The article has been amended by the Organic Law 1/2015 of March 30; that it falls in a section called «Corruption in business». In it, also includes the offence of bribery of foreign civil servants in international business transactions (article 286 ter) and creates the article 286 quáter, in which aggravated crimes of private corruption have been included. The reform is intended to ensure the application of these provisions in all the cases in which, through the payment of bribes, for self-serving or third party, positions of advantage are obtained in economic relations (whether it is purely business corruption or corruption of a foreign public official).

The study of crime starts with the determination of the protected legal right; taking into account that the doctrinal discussion on this issue is one of the most complex one. In the corresponding chapter, it is decidedly considered as a

fair competition, opposite to conceptions which lie in the protection of the corporate assets, the protection of the duty of loyalty in labour relations or the protection of multiple interests. Precisely, the fact of the reform of 2015 and the introduced modifications affect the scope of the protected legal right, because the legislator has made progress in considering that it is of fair competition (in particular, by eliminating the mention that the offender acted "in breach of his obligations in the purchase or sale of goods or the hiring of professional services"; element that confused greatly the understanding of the criminal offence and deformed it, approaching it to the scope of misappropriation).

The determination of the perpetrators of the crime is singularly relevant in the case of the passive mode, since it is a special crime that can be committed only by managers, administrators, employees or collaborators of a commercial company or a company. Precisely, in this area, it is highlighted one of the failures of the reform of 2015. The elimination of the term «organization» of the description of the offence in article 286 bis and the reference to article 297 means that since the said reform, the communities of owners and non-profit entities (having no form of foundation) can not commit this crime. The study of the perpetrators is completed as indicated in the chapter corresponding to the responsibility as principal or accessory, where we also study those who act as intermediaries, the persons favoured by commercial decision resulting from the undue payment and the subjects who are not the offender but receiving the benefit or unjustified advantage.

The risk allowed theory and social adaptation theory and the crime of corruption between individuals have close relationship. We must define what can be understood as payment or advantage, right to move to the will of another, in the direction indicated in the crime, of what is considered appropriate in the context of commercial and trade relations that are frequent gifts and other advantages. This issue is discussed in the area of the criminal act, where we also differentiate the criminal conduct of other behaviours that hardly fit the crime as «improper private corruption», «the subsequent private corruption», «the private trading in influences» or behaviours that do not affect the rules of competition, because there is no effective competition in a given context.

A study of the crime of private corruption can not be completed without addressing two matters. The first is the relationship between these behaviours and practices of certain areas of activity, such as the pharmaceutical and health ones, field in which bonuses are usual, in cash or in kind, to professionals in the field (one in a lawful nature and others not so much -which is a good shows the

amount of news on sanctions to pharmaceutical companies (above all in USA). Actions such as the illegal payments to prescribe certain medicines to patients or the fee splitting should be observed in the light of article 286 bis of Penal Code. Especially the first, which has already deserved the attention of the legislator in Italy and Germany and, from our point of view (especially after the reform of 2015), it can be included in this article. A part of this work focus on this issue.

The second matter is the relationship between private corruption and the crime of misappropriation. A broad doctrinal sector considers that this second offence is sufficient to punish the conduct of private corruption. The situations in which the administrator receives undue payment deserve special attention. Corrupt payments made by the administrator of a company to gain competitive advantage (whether it is to the detriment of company, for their benefit or even using funds removed from control of the company) have been prosecuted in other countries (Siemens case in Germany or pronouncements of the French jurisprudence). It must be determined whether, indeed, misappropriation is sufficient or not to criminalise the behaviour of private corruption, especially when they are given for the benefit of the company. This would eliminate the element of detriment to the corporate assets, inherent to such infringement. In this regard, we consider that these are two different offenses and that they may overlap.

Finally, it is borne in mind that, in our legal system, the crime of private corruption, can be committed by legal entities, in accordance with articles 31 bis and 288 of Penal Code. The analysis of this matter does not pass only to explain the general criteria for this liability in our law, but also treat the system designed in the United Kingdom. The *Bribery Act 2010* includes a specific offence for legal entities that do not prevent acts of corruption (*Failure of commercial organisations to prevent bribery*), for which they can avoid their responsibility if they certify that they had implemented appropriate measures to prevent persons associated with them to undertake such behaviours. This figure and its application are crucial, because it is expected to encourage companies worldwide to create compliance programs in order to reduce exposure to criminal liability in the United Kingdom, if they had not done so already it is because of the *FCPA*.

Indeed, for the prevention of private corruption, compliance programs have vital importance, which reach an unquestionable relevance, following the reform of the Penal Code in 2015, to avoid the criminal responsibility of legal entities. The determination of the General principles that should govern a

compliance program, as well as specific standards and rules that allow preventing, detecting and pursuing within the company the realization of private corruption behaviours are exhibited in the last part of this work.

In our view, a study on corruption would be incomplete if it were not about corruption in the private sector. Although this crime is “taking its first steps” in our legal system, and no doubt it is called to play a role, if we have to tackle all manifestations of this phenomenon and, thus, to ensure confidence and credibility in the economic system.